

Der Untermietvertrag

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ANDREAS HÖCHLI
von Klingnau AG

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger
Prof. Dr. Max Keller

1982

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507225_0030

Der Untermietvertrag

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ANDREAS HÖCHLI

von Klingnau AG

genehmigt auf Antrag der

Herren PD Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger
Prof. Dr. Max Keller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 24. Februar 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 6 der

Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger und Prof. Dr. oec. Walter R. Schluep

Vorwort

Der Untermieter gehört mit den Mietern zu einer der grössten Konsumentengruppe in der Schweiz. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Besonderheiten des Untermietverhältnisses näher zu untersuchen und systematisch darzustellen. Von besonderem Interesse erscheint mir das Dreiecksverhältnis zwischen Vermieter, Mieter und Untermieter, insbesondere das Verhältnis zwischen dem Vermieter und Untermieter, die miteinander nicht vertraglich verbunden sind.

Danken möchte ich an dieser Stelle Herrn Professor Dr. iur. et Dr. phil. Hans Giger für seine Unterstützung bei der Ausarbeitung der vorliegenden Arbeit, für die Freiheit, die er mir bei der Bearbeitung des Themas gewährte, und für die rasche Korrektur.

Der Verfasser

Inhaltsverzeichnis

Vorwort		III
Inhaltsverzeichnis		V
Abkürzungsverzeichnis		IX
Literaturverzeichnis		XI
0.	Einleitung	1
0.1	Begriff	1
0.2	Rechtsnatur	2
0.3	Gegenstand des Untermietvertrages	2
0.4	Vertragsparteien	3
0.5	Entgeltlichkeit	3
0.6	Exkurs: Kettenmietverhältnisse	3
0.7	Abgrenzungen	4
0.71	Abgrenzung gegen die übrigen Gebrauchsüberlassungsverträge	4
0.72	Abgrenzung gegen die Abtretung und die Vertragsübertragung	4
0.720	Vorbemerkung	4
0.721	Abgrenzung gegen die Abtretung	5
0.721.1	Rechtsnatur der Abtretung	5
0.721.2	Form der Abtretung	7
0.721.3	Umfang der Abtretung	7
0.721.4	Zulässigkeit der Abtretung	7
0.721.5	Wirkungen der Abtretung	8
0.721.51	Verhältnis zwischen Vermieter und Mietzedent	8
0.721.52	Verhältnis zwischen Vermieter und Mietzessionar	8
0.721.53	Verhältnis zwischen Mieter und Mietzessionar	9
0.722	Abgrenzung gegen die Vertragsübertragung	10
0.722.1	Rechtsnatur der Vertragsübertragung	10
0.722.2	Form der Vertragsübertragung	11
0.722.3	Umfang der Vertragsübertragung	11
0.722.4	Zulässigkeit der Vertragsübertragung	11
0.722.5	Wirkungen der Vertragsübertragung	11
0.722.51	Verhältnis zwischen Vermieter und ursprünglichem Mieter	11
0.722.52	Verhältnis zwischen Vermieter und Übernehmer	12
0.722.53	Verhältnis zwischen ursprünglichem Mieter und Übernehmer	12
0.8	Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Änderung des Obligationenrechts (Miet- und Pachtrecht) 1981	12
0.9	Faktische Bedeutung der Untermiete	13
1.	Entstehung des Untermietvertrages	15
1.1	Zulässigkeit der Untermiete	15
1.11	Grundsatz	15
1.12	Einschränkungen des Grundsatzes	15
1.120	Allgemein	15
1.121	Gesetzliche Einschränkung	16

VI

1.121.1	Grundsatz	16
1.121.2	Rechtsnatur der gesetzlichen Einschränkung	17
1.121.3	Nachteilige Veränderung für den Vermieter	18
1.121.30	Fragestellung	18
1.121.31	Rechtsprechung	18
1.121.32	Literatur	18
1.121.33	Lösungsvorschlag	19
1.121.331	Grundsätzliches	19
1.121.332	Rechtliche nachteilige Veränderung	20
1.121.333	Faktische nachteilige Veränderung	20
1.121.333.0	Allgemein	20
1.121.333.1	Durch den Gebrauch des Untermieters	20
1.121.333.10	Allgemein	20
1.121.333.11	Vertragswidriger Gebrauch	22
1.121.333.12	Verletzung der Sorgfaltspflichten	23
1.121.333.13	Verletzung der Gebrauchspflicht	23
1.121.333.2	In der Person des Untermieters	24
1.121.333.3	Im voraussichtlichen Verhalten des Untermieters	25
1.122	Vertragliche Einschränkungen	26
1.122.0	Rechtsnatur von Art. 264 Abs. 1 OR	26
1.122.1	Absolutes Verbot	28
1.122.10	Allgemein	28
1.122.11	Umfang	28
1.122.12	Wirkungen	29
1.122.13	Zustimmung des Vermieters trotz vertraglichem Verbot	30
1.122.14	Widerruf der Zustimmung	31
1.122.2	Beschränkte Zulässigkeit	32
1.122.20	Vorbemerkung	32
1.122.21	Rechtsprechung	32
1.122.22	Literatur	33
1.122.23	Lösungsvorschlag	33
1.122.231	Auslegung von Vertragsklauseln	33
1.122.232	BGE 38 II 153	33
1.122.233	Übrige Rechtsprechung	34
1.122.234	Keine generelle Lösungsmöglichkeit	35
1.122.24	Begründung	36
1.122.240	Fragestellung	36
1.122.241	Rechtsprechung	36
1.122.242	Literatur	36
1.122.243	Lösungsvorschlag	37
1.122.25	Folgen der unzulässigen Verweigerung der Zustimmung	38
1.122.26	Folgen der zulässigen Verweigerung der Zustimmung	38
1.123	Beweislast	39
1.123.0	Vorbemerkung	39
1.123.1	Bei der gesetzlichen Lösung	39
1.123.2	Bei der vertraglichen Lösung	40
1.2	Exkurs: Folgen der unzulässigen Untermiete	41
1.20	Vorbemerkung	41
1.21	Rechte des Vermieters aus Vertrag	41
1.22	Rechte des Vermieters aus Besitz	43
1.220	Vorbemerkung	43
1.221	Selbsthilfe	44
1.222	Klagen aus Besitz	44

1.23	Rechte des Vermieters aus Eigentum	45
1.24	Strafrechtlicher Schutz des Vermieters	45
1.240	Vorbemerkung	45
1.241	Hausfriedensbruch	45
1.242	Veruntreuung	46
1.243	Sachentziehung	46
1.3	Abschluss des Untermietvertrages	46
1.30	Vorbemerkung	46
1.31	Form	47
1.32	Erkundungspflicht des Untermieters	47
1.33	Aufklärungspflicht des Mieters	47
1.34	Vormerkung der Untermiete im Grundbuch	48
1.4	Entstehung durch Veräußerung des Mietobjektes	49
2.	Wirkungen des Untermietvertrages	50
2.1	Verhältnis zwischen Mieter und Untermieter	50
2.10	Vorbemerkung	50
2.11	Pflichten des Mieters	50
2.111	Die Überlassung zum Gebrauch	50
2.112	Nebenpflichten	51
2.112.0	Allgemein	51
2.112.1	Pflicht zur Übernahme des Rechtsstreites	52
2.12	Pflichten des Untermieters	52
2.121	Bezahlung des Mietzinses	52
2.122	Nebenpflichten des Untermieters	53
2.13	Rechte des Mieters: Retentionsrecht	54
2.14	Rechte des Untermieters	54
2.2	Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter	54
2.20	Rechtsnatur	54
2.21	Pflichten des Vermieters	55
2.22	Pflichten des Untermieters	55
2.23	Rechte des Vermieters	56
2.231	Aus Art. 264 Abs. 3 OR	56
2.232	Das Retentionsrecht des Vermieters	56
2.232.1	Das Retentionsrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Untermieters	56
2.232.10	Allgemein	56
2.232.11	Einschränkung des Retentionsrechtes	57
2.232.110	Vorbemerkung	57
2.232.111	Durch die Rechte des Vermieters gegenüber dem Mieter	58
2.232.112	Durch die Rechte des Mieters gegenüber dem Untermieter	58
2.232.12	Der Untermieter als Dritter im Sinne von Art. 273 OR	59
2.232.120	Vorbemerkung	59
2.232.121	Rechtsprechung	59
2.232.122	Literatur	60
2.232.13	Lösungsvorschlag	60
2.232.14	Wirkungen des Retentionsrechtes	61
2.232.141	Praxis	61

VIII

2.232.142	Kritische Würdigung	62
2.232.143	Vorschlag de lege ferenda	62
2.232.2	Das Retentionsrecht des Vermieters an den vom Untermieter eingebrachten Sachen Dritter	63
2.24	Rechte des Untermieters	63
2.3	Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter	63
2.30	Allgemein	63
2.31	Rechte des Mieters	64
2.32	Rechte des Vermieters	64
2.33	Pflichten des Mieters	64
2.330	Vorbemerkung	64
2.331	Rechtsprechung	64
2.332	Literatur	65
2.333	Lösungsvorschlag	66
2.34	Pflichten des Vermieters	66
3.	Beendigung der Untermiete	67
3.0	Allgemein	67
3.1	Wirkung der Auflösung des Mietvertrages auf die Untermiete	67
3.2	Erstreckung des Untermietverhältnisses	67
3.21	Beschränkt auf die Dauer des Mietvertrages	67
3.22	Gegenüber dem Mieter	68
3.23	Eigenbedarf des Mieters	69
3.3	Rechte des Vermieters, wenn der Untermieter die Rückgabe verweigert	70
3.30	Allgemein	70
3.31	Kein obligatorischer Rückgabeanpruch	70
3.32	Kein Anspruch aus Besitz	71
3.33	Anspruch aus Eigentum	71
3.34	Schadenersatzanspruch	72
3.35	Kritische Würdigung	72
4.	Der Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972, insbesondere der missbräuchliche Mietzins	73
5.	Anhang	75

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
aOR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881
Art.	Artikel
Begleitbericht zum Vorentwurf	Begleitbericht zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung des Obligationenrechts (Miet- und Pachtrecht), 1981
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Samml- ung (Lausanne 1875 ff.)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel 1954 ff.)
BMM	Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
Entsch. AppGer BS	Entscheidungen des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt (Basel 1907 – 1952)
f. (ff.)	und nächstfolgende
FN	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
JT	Journal des Tribunaux (Lausanne 1853 ff.)
lit.	litera
Maximen	Grundsätzliche Entscheidungen des Luzernischen Obergerichtes und seiner Abteilungen (Luzern 1882 ff.)
m.E.	meines Erachtens
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezem- ber 1936
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes Graubünden (Chur 1942 ff.)
Praxis	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes (Basel 1912 ff.)
RB Solothurn	Bericht des Obergerichtes des Kantons Solothurn über die Rechtspflege sowie die Geschäftsführung der Amtsschreibereien, der Handelsregister- ämter und der Betreibungs- und Konkursämter (Solothurn 1851 ff.)
Revue	Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts (Beilage zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1883 – 1911)
SBHE	Schweizer-Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen (Zürich 1882 – 1901)
Sem.jud.	La Semaine Judiciaire (Genf 1879 ff.)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf 1941 ff.)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich 1904 ff.)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VJS	Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung (Aarau 1901 – 1946)
VO	Verordnung
Vorentwurf	Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Abänderung des Obligationen- rechts (Miet- und Pachtrecht) von 1981
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern 1865 ff.)

X

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich 1902 ff.)
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern 1888 ff.)

Literaturverzeichnis

- Amonn Kurt Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1979, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, ZBJV 117 (1981) 405 ff.
- Bachmann G. Der Mietebesitz und sein Schutz nach zürcherischer Gerichtspraxis, SJZ 2 (1905/06) 25 ff.
- Badertscher Beat Der Ausschluss aus dem Verein nach schweizerischem Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1980, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 10
- Bauer Walo Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1977, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 23
- Becker H. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1 – 183, Bern 1941
- Becker H. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184 – 551, Bern 1934
- Brander Oskar Das Retentionsrecht nach schweizerischem Zivilrecht, Diss. Zürich 1933
- Brunner Max Mietrecht, 2. Auflage, Rorschach 1938
- Bucher Eugen Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979
- von Büren Bruno Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184 – 551), Zürich 1972
- Dürr Karl Der Mietvertrag, Bau und Boden Nr. 9, Berr. und Badisch-Rheinfelden, 1961
- Eichenberger Rolf Das Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters mit besonderer Berücksichtigung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, Blätter für Schuldbeitreibung und Konkurs 36 (1972) 65 ff.
- Engel Pierre Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973
- Fick H./Schneider A. Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, herausgegeben von Dr. F. Fick, 1. Auflage, zugleich vierte Auflage des einbändigen Kommentars, Zürich 1911
- Früh Peter Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1945, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 111
- Gauch/Schluep/Jäggi Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Skriptum Band I und II, 2. Auflage, Zürich 1981
- Giger Hans Grundsätzliches zum richterlichen Eingriff in den Vertrag, ZBJV 105 (1969) 309 ff. (zitiert: Giger, Richterlicher Eingriff)
- Giger Hans Das Schicksal des Rechts beim Subjektswechsel unter besonderer Berücksichtigung der Erbfolgekonzeption, Band II, Zürich 1975 (zitiert: Giger, Subjektswechsel II)
- Gmür Roland Die Rechte des Mieters, 2. Auflage, Zürich 1973
- Gmür Roland/Caviezel Werner Mietrecht – Mieterschutz, Leitfaden für die Praxis, Zürich 1979
- von Greyerz Christoph Der Beweis negativer Tatsachen, Diss. Bern 1963, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 354
- Guhl/Merz/Kummer Das Schweizerische Obligationenrecht, Siebte, bereinigte Auflage bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Zürich 1980

- Guldener Max Schweizerisches Zivilprozessrecht, Dritte, verbesserte und vermehrte Auflage, Zürich 1979
- Hauri Heinz Der missbräuchliche Mietzins, Diss. Zürich 1979
- Heuberger J. Die Sachmiete nach dem Schweizerischen Obligationenrechte, mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zürich 1889
- Hinderling Hans Der Anwendungsbereich der Besitzrechtsklage, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 77, Basel und Stuttgart 1966
- Homberger A. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919 – 977, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1938
- Hunziker Rolf Das Verfahren in Mietsachen gemäss Art. 267 a – f des Obligationenrechts und gemäss Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972, Diss. Zürich 1977, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 26
- Janggen Arnold Darstellung und Kritik der Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechtes über die Sachmiete (Art. 274 – 295), Basel 1889
- Kaiser Klara Soziales Mietrecht ... mit besonderer Berücksichtigung des Mietnotrechts ..., Diss. Zürich 1922
- Kantorowicz Max Die Lehre von der Untermiete nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Jena 1900
- Keller Karl Das zwingende Recht im Mietrecht und die Mietvertragsformulare, Diss. Zürich 1926
- Kummer Max Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 8 – 10, Bern 1962
- Lanz Gerd Parteiwechsel bei Miete und Dienstvertrag, Diss. Zürich 1934
- Meier-Hayoz Arthur Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1, Bern 1962
- Meier-Hayoz Arthur Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641 – 654 ZGB, 5. Auflage, Bern 1981
- Merz Hans Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 2, Bern 1962
- Moser Markus Die Erstreckung des Mietverhältnisses nach Art. 267 a – 267 f des Obligationenrechts, Diss. Freiburg in der Schweiz 1975
- Müller René Der Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972, Diss. Zürich 1976, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 495
- Oberholzer Urs R. Schutz der Persönlichkeit im Mietrecht, Diss. Zürich 1976
- Oser/Schönenberger Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1 – 183, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1929
- Oser/Schönenberger Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184 – 418, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1936
- Ostertag Fritz Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, III. Abteilung: Art. 919 – 977, 2. Auflage, Bern 1917
- Raissig Walter Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, Dritte, überarbeitete Auflage, Zürich 1975

- Rehberg Jörg Zum objektiven Tatbestand der Veruntreuung nach StrGB Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2, ZStR 92 (1976) 28 ff.
- Reymond Claude Gebrauchsüberlassungsverträge, in Schweizerisches Privatrecht, 7. Band: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1977, 199 ff.
- Roquette Hermann Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Systematischer Kommentar, Tübingen 1966 (zitiert: Roquette, Kommentar)
- Roquette Hermann Mietrecht, Systematische Gesamtdarstellung des Mietrechts nach dem BGB und den mietrechtlichen Sondergesetzen, Fünfte neubearbeitete und erweiterte Auflage, Tübingen 1961 (zitiert: Roquette, Mietrecht)
- Rosin Arthur Das Recht der Untermiete nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Diss. Greifswald 1901
- Rüf Paula Das schweizerische Wohnungsmietrecht nach den Vertragsformularen unter Berücksichtigung der Geschäftsmiete, Diss. Zürich 1937
- Schatzmann Hans Das Retentionsrecht des Vermieters nach Art. 294 und 295 O.-R., Diss. Bern 1908
- Schaub Lukas Die unrechtmässige Verwendung anvertrauten Gutes, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 118, Basel und Stuttgart 1979
- Schmid Christian Die Bedeutung des allgemeinen Schuldnerverzugsrechtes für die Verzugsregelung bei Miete und Pacht, Diss. Bern 1956, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 319
- Schönenberger/Schmid Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Dritte völlig neu bearbeitete Auflage, Teilband V 2 b (Miete, Pacht, Leihe) 1. Lieferung (Art. 253 – 260) Zürich 1974 und 2. Lieferung (Art. 261 – 274) Zürich 1977
- Schumacher Rainer Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 1979 (zitiert: Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht)
- Schumacher Rainer Zivilrecht – Hilfe oder Hindernis für den Selbstbau?, in: Mitwirkung der Bewohner bei der Gestaltung ihrer Wohnung, Schriftenreihe Wohnungswesen, Band 14, Bern 1980, 121 ff. (zitiert: Schumacher, Zivilrecht)
- Schwander Vital Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage, Zürich 1964
- Skopalik Otto Die Rechte der Untermieter, Goldmann JURA, Band 8337, 2. Auflage, München 1976
- Sprenger Werner Entstehung, Auslegung und Auflösung des Mietvertrages für Immobilien, Diss. Zürich 1972, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 388
- Stark Emil W. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband: Der Besitz, Artikel 919 – 941 ZGB, Bern 1976
- Stratenwerth Günter Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, Zweite, überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 1978
- Sträuli/Messmer Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, Zürich 1976
- Thilo Emile Souslocation et cession de bail, Note de jurisprudence, JT 102 (1954) I 2 ff.
- von Tuhr/Escher Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Dritte Auflage, Zürich 1974

XIV

- von Tuhr/Peter
Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts,
Erster Band, Dritte Auflage, Zürich 1979
- Tuor/Schnyder
Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Neunte Auflage, Nach-
druck 1979 mit Einschluss des Supplements Kindesrecht
1977, Zürich 1979
- Vetsch G.
Das Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters, Blät-
ter für Schuldbetreibung und Konkurs 10 (1946) 129 ff.
- Wegmann Paul
Die Praxis des zürcherischen Obergerichts zu den Artikeln
267 a – 267 f OR (Kündigungsbeschränkung im Mietrecht),
SIZ 69 (1973) 177 ff.

0. Einleitung

0.1 Begriff

Die Untermiete ist ein Vertrag, durch welchen der Mieter einem Dritten (dem Untermieter) eine gemietete Sache ganz oder teilweise weitervermietet¹. Das Untermietverhältnis ist somit ein selbständiges Mietverhältnis². Nach Roquette³ ist das entscheidende Kriterium für das Vorliegen einer Untermiete eine Staffelung gleichartiger Rechtsverhältnisse: das Mietverhältnis zwischen Vermieter und Mieter und das Untermietverhältnis zwischen Mieter und Untermieter⁴. Dagegen ist der deutsche Bundesgerichtshof der Ansicht, dass das übergeordnete Nutzungsverhältnis nicht nur ein Mietverhältnis sein könne, sondern, dass auch andere Nutzungsverhältnisse vorliegen können, wenn nur das untergeordnete Nutzungsverhältnis ein Mietverhältnis sei⁵.

Nach dem klaren Wortlaut von Art. 264 Abs. 1 OR (weitervermieten “der gemieteten Sache”) ist m.E. im schweizerischen Recht davon auszugehen, dass der Untermietvertrag begrifflich einen übergeordneten Mietvertrag voraussetzt. Die Materialien zu Art. 264 OR geben keine Auskunft, hingegen weist die Stellung von Art. 264 OR, nämlich innerhalb des Mietrechts, auf diese Lösung hin. Die Übertragung der Auffassung des deutschen Bundesgerichtshofes auf die Schweiz hätte zur Folge, dass das Verhältnis des Eigentümers einer Sache gegenüber einem Dritten, dem die Sache von einem Gebrauchs- und Nutzungsberechtigten vermietet wird, sich immer nach den Regeln über die Untermiete richten würde. Damit wäre der

¹ Art. 264 Abs. 1 OR.
Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 1.
Becker, Art. 264 N 1.
Brunner, 460.

² BGE 73 IV 172.
Roquette, Kommentar, § 549 N 9.

³ Roquette, Mietrecht, 366.

⁴ Die gleiche Meinung, allerdings ohne nähere Begründung, vertritt bereits Rosin (11 und 28).

⁵ Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes vom 21.3.1952, publiziert in Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 6 (1952) 666 f. = Neue Juristische Wochenschrift 5 (1952) 821 f. = Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1953, 343 f.: Bei diesem Urteil waren allerdings weniger rechtstheoretische als sozialpolitische Gründe – es ging um die Anwendbarkeit von § 24 Mieterschutzgesetz – massgebend. Vgl. dazu die kritischen Ausführungen von Bettermann (MDR 6 (1952) 668 f.).

in der Schweiz unbestrittene Grundsatz, wonach der Vermieter einer Sache nicht deren Eigentümer zu sein braucht⁶, überflüssig, denn jeder Nichteigentümer, der vermieten würde, wäre dann Untervermieter und nicht Vermieter.

Im folgenden benütze ich die Begriffe Vermieter⁷, Mietvertrag⁸, Mieter⁹, Untermietvertrag¹⁰ und Untermieter¹¹. Nur dort, wo es der leichten Verständlichkeit dient, gebrauche ich z.B. den Begriff "Hauptmietvertrag".

0.2 Rechtsnatur

Die Untermiete ist, wie sich aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes ergibt, ein Mietverhältnis¹², das sich lediglich dadurch von einem gewöhnlichen Mietvertrag unterscheidet, dass der Untervermieter seine Rechte am Mietobjekt aus dem Mietvertrag mit dem Hauptvermieter ableitet. Der Untermietvertrag ist also wie der Mietvertrag ein Gebrauchsüberlassungsvertrag¹³. Die Untermiete und die Miete sind somit identisch, mit Ausnahme des vorn aufgezeigten Unterscheidungskriteriums, dass der Untermietvertrag wirtschaftlich dem Hauptmietverhältnis untergeordnet ist¹⁴.

0.3 Gegenstand des Untermietvertrages

Gegenstand des Untermietvertrages kann alles sein, was auch Gegenstand eines Mietvertrages sein kann: also bewegliche und unbewegliche körperliche Sachen¹⁵; ja der Begriff der Untermiete¹⁶ verlangt sogar, dass es sich um ein Mietobjekt handelt.

⁶ Maximen 10 (1958) 433.

Schönenberger/Schmid, Art. 253 N 30 und Art. 264 N 1.

⁷ Auch Hauptvermieter genannt.

⁸ Auch Hauptmietvertrag genannt.

⁹ Auch Hauptmieter, Erstmietler oder Untervermieter genannt.

¹⁰ Auch Aftermietvertrag genannt.

¹¹ Auch Aftermieter genannt.

¹² Brunner, 461.

Roquette, Mietrecht, 366.

Rosin, 26.

Skopalik, 14.

¹³ Schönenberger/Schmid, Vorbemerkungen zu Art. 253 – 304 N 1.

¹⁴ Roquette, Kommentar, § 549 N 9.

¹⁵ Vgl. dazu Schönenberger/Schmid, Art. 253 N 26 – 32 mit Hinweisen.

¹⁶ Siehe vorn 0.1.

0.4 Vertragsparteien

Vertragsparteien des Untermietvertrages sind der Mieter und der Untermieter. Hier stellen sich keine spezifischen Probleme, weshalb auf die Literatur zur Miete verwiesen werden kann¹⁷. Es ist lediglich festzuhalten, dass zwischen Untermieter und Vermieter keine vertraglichen Beziehungen bestehen¹⁸.

0.5 Entgeltlichkeit

Voraussetzung einer Untermiete ist wie bei jedem Mietvertrag¹⁹ die Überlassung des Mietgegenstandes gegen Entgelt (den Mietzins)²⁰. So stellt die unentgeltliche Aufnahme Dritter (z.B. Verwandter) in eine gemietete Wohnung nie eine Untermiete dar²¹, abgesehen davon, dass der Mieter diesen in der Regel kein selbständiges Gebrauchsrecht einräumt, und schon deshalb von Untermiete nicht die Rede sein kann. Der Mieter ist daher trotz eines allfälligen Verbotes der Untermiete berechtigt, Familienangehörige in seine Wohnung aufzunehmen²². Zur Auslegung des Mietvertrages in dieser Frage kann allerdings die Vereinbarung der Parteien über die Zulässigkeit der Untermiete analog beigezogen werden²³.

0.6 Exkurs: Kettenmietverhältnisse

Möglich sind auch Kettenmietverhältnisse. Ein solches liegt vor, wenn der Untermieter seinerseits das Mietobjekt wieder weitervermietet. Das Bundesgericht bezeichnet dies als "Unter-Untermietverhältnis"²⁴. Weder Literatur noch Rechtsprechung befassen sich weiter mit diesen wohl eher seltenen²⁵ Kettenmietverhältnissen. M.E. können ohne weiteres die Regeln über die Untermiete auf solche Kettenmietverhältnisse übertragen werden, denn die Rechte und Pflichten der Mietvertrags-

¹⁷ Z.B. Schönenberger/Schmid, Art. 253 N 16 – 25 mit Hinweisen.

¹⁸ Vgl. hinten 0.720 bei FN 32 und 2.2.

¹⁹ Schönenberger/Schmid, Art. 253 N 40 f.

²⁰ Skopalik, 23.

²¹ Schönenberger/Schmid, Art. 261 N 5 und Art. 264 N 1.

²² Brunner, 467.

Rüf, 69.

²³ ZBJV 85 (1949) 463.

ZR 15 (1916) 9.

ZR 26 (1927) 66.

SJZ 44 (1948) 210, allerdings mit missverständlichem Regest.

²⁴ BGE 87 I 442.

²⁵ Nebst dem angeführten Beispiel (FN 24) ist mir lediglich ein weiteres bekannt, das allerdings zu keinen Rechtsproblemen Anlass gab.

parteien können durch den Abschluss weiterer untergeordneter Mietverträge nicht geändert werden. Es ist lediglich zu beachten, dass die rechtliche Stellung des Betroffenen sich nach der fraglichen Beziehung zum Dritten richtet. So ist es denkbar, dass ein Untermieter zugleich die Stellung eines Mieters und Vermieters innehat.

0.7 Abgrenzungen

0.71 *Abgrenzung gegen die übrigen Gebrauchsüberlassungsverträge*

Die Untermiete ist gegen die Abtretung und die Vertragsübertragung, sowie gegen die übrigen Gebrauchsüberlassungsverträge abzugrenzen. Bei den übrigen Gebrauchsüberlassungsverträgen haben die Abgrenzungen gleich wie bei der Miete zu erfolgen. Also ist im Verhältnis zur (Unter-) Pacht massgebend, ob eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch und zum Bezuge der Früchte oder Erträge (Pacht)²⁶ oder eine Sache lediglich zum Gebrauch (Miete) überlassen wird²⁷. Im Gegensatz zur Untermiete erfolgt die (Unter-) Gebrauchsleihe definitionsgemäss unentgeltlich²⁸. Es bieten sich keine spezifischen Probleme. Deshalb kann hier auf die diesbezügliche Literatur und Rechtsprechung verwiesen werden²⁹.

0.72 *Abgrenzung gegen die Abtretung und die Vertragsübertragung*

0.720 Vorbemerkung

Untermiete, Abtretung der Miete und Übertragung des Mietverhältnisses bezwecken alle ein wirtschaftlich ähnliches Ergebnis, nämlich die Einräumung eines Gebrauchsrechts an einem Mietobjekt an einen am ursprünglichen Mietvertrag nicht beteiligten Dritten³⁰; sie sind aber rechtlich verschieden³¹. Diese drei Rechtsinstitute unterscheiden sich zur Hauptsache durch die rechtliche Stellung des Dritten zu Vermieter und Mieter.

²⁶ Art. 275 Abs. 1 OR.

²⁷ Art. 253 OR.

²⁸ Art. 305 OR.

²⁹ So z.B. Schönenberger/Schmid, Vorbemerkungen zu Art. 253 - 274 N 9 - 11 mit Hinweisen.

³⁰ BGE 67 II 141.

BGE 81 II 349.

Reymond, 235.

Unbekannter Verfasser in: Der Hausbesitzer, herausgegeben vom Hausbesitzerverein Basel, 20. Jahrgang, Februar 1927, 2.

³¹ Der rechtliche Unterschied zwischen Abtretung und Untermiete hat zur Streichung der in Art. 285 aOR enthaltenen Vorschrift, dass die Abtretung der Miete als Untermiete behandelt werde, im revidierten OR geführt (RB Solothurn, 1940, 127). Vgl. die Kritik von Tuhrn an der Formulierung von Art. 264 OR in SJZ 18 (1921/22) 386 f.

Bei der Untermiete bleiben die Subjekte des Mietverhältnisses (Vermieter und Mieter) unverändert. Der Untermieter, der seinen Vertrag mit dem Mieter abschliesst, tritt in kein vertragliches Verhältnis zum Vermieter³². Bei der Abtretung und Vertragsübertragung hingegen findet ein (teilweiser) Subjektswechsel statt³³.

0.721 Abgrenzung gegen die Abtretung

0.721.1 Rechtsnatur der Abtretung

Nicht eindeutig geklärt ist die Bedeutung des Ausdrucks "Abtretung der Miete". Einerseits wird die Auffassung vertreten, damit sei lediglich eine Forderungsabtretung gemeint, in dem Sinne, dass der Mieter lediglich sein Gebrauchsrecht abtreten könne³⁴. Andererseits wird darunter die Abtretung sämtlicher Mieterrechte (offenbar mit den sonst nicht zedierbaren Gestaltungsrechten³⁵) verstanden³⁶. Es wird sogar die Abtretung der Miete als Vertragsabtretung bezeichnet, mit der Folge, dass der Zessionar an die Stelle des Zedenten trete³⁷, bzw. als Übertragung des ganzen Rechtsverhältnisses mit sämtlichen Rechten und Pflichten auf einen Dritten³⁸. Offenbar übersieht Kantorowicz, dass es neben der Untermiete noch andere Gebrauchsüberlassungsverträge gibt, vertritt er doch die Auffassung, dass jede entgeltliche oder unentgeltliche Gebrauchsüberlassung, die nicht Untermiete darstelle, eine Abtretung sei³⁹.

Das Bundesgericht hat sich in zwei Entscheiden zur Rechtsnatur der Abtretung der Miete geäußert. Einmal⁴⁰ bezeichnet es die Abtretung der Miete als Abtretung des Gebrauchsrechtes ("droit d'usage"), das andere Mal⁴¹ als Abtretung der Mieterrechte, deren Erhaltung im vertraglichen Zustand und die Entgegengabe der Einreden aus dem Mietvertrag⁴².

³² Maximen 9 (1946) 361.

Brunner, 470.

Kantorowicz, 13.

³³ Giger, Subjektwechsel II, 202 ff.

³⁴ Oser/Schönenberger, Art. 264 N 3.

³⁵ von Tuhr/Escher, 343 bei FN 4.

³⁶ Lanz 52 f. will sogar die Sorgfaltspflichten gestützt auf Art. 264 Abs. 3 OR de lege auf den Zessionar übergehen lassen.

³⁷ Thilo, 2.

Reymond, 237: Aus dessen Äusserungen geht nicht mit genügender Klarheit hervor, ob er die Abtretung der Miete der Vertragsübertragung gleichstellen will.

³⁸ Oser/Schönenberger, Vorbemerkungen zu Art. 164 – 174 N 14, in gewissem Widerspruch zu Oser/Schönenberger, Art. 264 N 3.

³⁹ Kantorowicz, 51.

⁴⁰ BGE 93 II 457 unter Berufung auf BGE 81 II 349.

⁴¹ BGE 81 II 349.

⁴² Z.B. die Einrede der verspäteten oder vertraglich nicht zulässigen Kündigung, wenn der Vermieter die Rückgabe seiner Mietsache fordert (Brunner, 461).

M.E. besteht kein Anlass, den Ausdruck "abzutreten" ("céder" bzw. "cedere") in Art. 264 Abs. 1 OR anders zu interpretieren, als in Art. 164 ff. OR, denn es lassen sich keine entsprechenden Anhaltspunkte finden. Die Frage, ob Mieterrechte ihrer Natur nach überhaupt abtretbar sind⁴³, hat der Gesetzgeber in Art. 264 Abs. 1 OR entschieden, aber im Gegensatz zu Art. 164 ff. OR an die Voraussetzung geknüpft, dass für den Vermieter keine nachteilige Veränderung entsteht. Insofern ist Art. 264 Abs. 1 OR *lex specialis* im Verhältnis zu Art. 164 ff. OR.

Da grundsätzlich nur Forderungen (Rechte) und nicht Pflichten abgetreten werden können, fallen diejenigen Theorien, die die Abtretung der Miete einer Vertragsübertragung gleichstellen und damit dem Zessionar der Miete Pflichten überbinden wollen, ausser Betracht. Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit zu untersuchen, in welchem Umfange eine Abtretung möglich ist, d.h. ob sämtliche Mieterrechte⁴⁴ mit⁴⁵ oder ohne⁴⁶ Gestaltungsrechte oder ob lediglich das Gebrauchsrecht⁴⁷ mit⁴⁸ oder ohne Sorgfaltspflichten auf den Dritten übergehen.

Es genügt, wenn festgestellt wird, dass der Zessionar durch die Abtretung der Miete, die im Gegensatz zur Untermiete ein Verfügungsgeschäft ist, Rechte gegenüber dem Vermieter erhält. Im Umfang dieser abgetretenen Rechte tritt der Zessionar in das Mietverhältnis ein. Die Abtretung der Miete verursacht somit direkt vertragliche Verpflichtungen zwischen dem Vermieter und dem Zessionar⁴⁹. Der ursprüngliche Mieter scheidet im gleichen Umfange aus⁵⁰. Im Gegensatz zum deutschen Recht⁵¹ ändert die Abtretung der Miete nichts am Inhalt des Mietvertrages⁵². Es wird lediglich die Rechtsstellung des Mieters auf zwei Subjekte verteilt, also die Gläubiger- und Schuldneigenschaft des Mieters auf zwei Subjekte übertragen, wobei dem Zessionar lediglich Gläubigereigenschaften zukommen können. Der ursprüngliche Mietvertrag bleibt bestehen; es findet lediglich eine subjektive Modifikation statt⁵³. Bei der Untermiete findet kein Subjektswechsel statt, denn der Untermieter tritt lediglich mit dem Mieter in vertragliche Beziehungen⁵⁴.

⁴³ Oser/Schönenberger, Art. 164 N 27 in Widerspruch zu Oser/Schönenberger, Art. 264 N 3.

⁴⁴ von Tuhr/Escher, 346 bei FN 37.

⁴⁵ Becker, Art. 170 N 8.

⁴⁶ von Tuhr/Escher, 342 f.

⁴⁷ Becker, Art. 264 N 2 und Art. 164 N 32.

Oser/Schönenberger, Art. 264 N 3 und Art. 164 N 27.

⁴⁸ Lanz, 52 f.

⁴⁹ BGE 93 II 457 mit Hinweis auf BGE 81 II 349.

⁵⁰ Brunner, 461.

Lanz, 51.

Unbekannter Verfasser in: Der Hausbesitzer, herausgegeben vom Hausbesitzerverein Basel, 20. Jahrgang, Februar 1927, 2.

⁵¹ Roquette, Mietrecht, 165.

⁵² Brunner, 461.

⁵³ Giger, Subjektswechsel II, 207.

⁵⁴ Vgl. vorn 0.4.

Die Rechtsnaturen der Untermiete und der Abtretung unterscheiden sich somit dadurch, dass durch die Untermiete das ursprüngliche Mietverhältnis keine subjektive Modifikation erfährt und dass durch die Abtretung der Miete das eine Subjekt des Mietvertrages (Mieter) teilweise ersetzt wird.

0.721.2 Form der Abtretung

Da für die Abtretung der Miete grundsätzlich die Regelung von Art. 164 ff. OR zur Anwendung gelangt⁵⁵, bedarf sie gemäss Art. 165 Abs. 1 OR der Schriftform⁵⁶.

0.721.3 Umfang der Abtretung

Gleich wie bei der Untermiete, aber im Gegensatz zur Vertragsübertragung⁵⁷ ist eine partielle Abtretung (z.B. des Gebrauchsrechts an einem Teil der gemieteten Räumlichkeiten) möglich.

0.721.4 Zulässigkeit der Abtretung⁵⁸

Gemäss Art. 264 Abs. 1 OR ist dem Mieter die Abtretung der Miete unter den gleichen Voraussetzungen wie die Untermiete gestattet⁵⁹. Soweit im Mietvertrag das Recht des Mieters zur Untermiete und zur Abtretung eingeschränkt⁶⁰ oder ausgeschlossen⁶¹ wird, ist nach den Regeln über die Untermiete vorzugehen⁶². Da der durch das Verbot angestrebte Zweck, die Verfügung über das Gebrauchsrecht in der Hand des Vermieters zu lassen, vereitelt würde, soll sich das Verbot des Untermieters im Zweifel auch auf die Abtretung erstrecken⁶³, sofern sich nicht ein klarer gegenteiliger Wille der Vertragspartner nachweisen lässt⁶⁴. Bei der Miete

⁵⁵ Oser/Schönenberger, Art. 264 N 15.

⁵⁶ Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 25.

⁵⁷ Vgl. hinten 0.722.3.

⁵⁸ In den folgenden Abschnitten wird, ohne näher auf die grundsätzliche Problematik der Abtretung einzutreten, auf die Unterschiede zwischen Untermiete und Abtretung hingewiesen.

⁵⁹ Vgl. hinten 1.121.

⁶⁰ Vgl. hinten 1.122.2.

⁶¹ Vgl. hinten 1.122.1.

⁶² Vgl. hinten 1.1.

⁶³ BGE 67 II 142; BGE 54 II 397.

Heuberger, 117.

⁶⁴ BGE 81 II 350.

In diesem Fall widersprach der im Mietvertrag mit Schreibmaschine eingefügte Zweck der Miete ("... dass die Räume ... zur Zimmervermietung überlassen werden") dem im Formular vordruckten Verbot der Untermiete. Unter diesen Umständen betrachtete das Bundesgericht das Verbot der Untermiete als ungültig und gestattete demzufolge auch die Abtretung der Miete.

von Geschäftsräumen, greife entsprechend der Interessenlage die Vermutung, die Abtretung sei trotz Verbot der Untermiete zulässig, Platz⁶⁵, denn der Vermieter sei an der Identität des Unternehmens und nicht an der Identität der Persönlichkeit des Mieters interessiert^{66 67}.

0.721.5 Wirkungen der Abtretung

0.721.51 Verhältnis zwischen Vermieter und Mietzedent

Soweit der Mieter seine Rechte aus dem Mietvertrag an einen Dritten abtritt, stehen ihm keine Mieterrechte mehr zu. Tritt er sämtliche Mieterrechte ab, scheidet er in seiner Eigenschaft als Gläubiger vollständig aus. Er bleibt aber Schuldner des Mietzinses und der übrigen Mieterpflichten^{68 69}. Er hat kein Recht, vom Vermieter die Befreiung aus dem Mietvertrag zu verlangen⁷⁰, auch dann nicht, wenn im internen Verhältnis der Zessionar die Mieterpflichten übernommen hat. Der Abtretende haftet dem Vermieter für das Handeln des Zessionars wie für das des Untermieters⁷¹.

0.721.52 Verhältnis zwischen Vermieter und Mietzessionar

Der Zessionar tritt in ein vertragliches Verhältnis zum Vermieter⁷² und kann deshalb seine Rechte⁷³ unmittelbar gegenüber dem Vermieter geltend machen. Er erhält ein selbständiges Benützungsrecht an den Mieträumlichkeiten⁷⁴. Er kann dem Vermieter auch die Einreden aus dem Mietvertrag entgegenhalten⁷⁵. Diese Wirkungen treten ohne Einwilligung des Vermieters ein⁷⁶. Sofern der Zessionar die Mieterrechte im Vertrauen auf einen schriftlichen Mietvertrag erworben hat, der

⁶⁵ So Lanz (54 f.) unter Berufung auf Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, dritte und vierte Auflage, Berlin 1910, § 549 N 10.

⁶⁶ Lanz, 54.

⁶⁷ Zur Kritik an dieser Auslegung vgl. hinten 1.122.11.

⁶⁸ Sem.jud. 98 (1976) 541 ff.

⁶⁹ Schöenberger/Schmid, Art. 264 N 27.

⁷⁰ Vgl. dazu auch nächsten Abschnitt (0.721.52).

⁷¹ BGE 93 II 457.

⁷² Becker, Art. 264 N 7 f.

⁷³ Vgl. hinten 2.33.

⁷⁴ BGE 81 II 349.

⁷⁵ Überlassung der Mietsache und deren Erhaltung im vertraglichen Zustand (BGE 81 II 349).

⁷⁶ BGE 93 II 457; BGE 81 II 349.

⁷⁷ BGE 81 II 349.

⁷⁸ BGE 93 II 457.

kein Abtretungsverbot⁷⁷ enthält, kann ihm der Vermieter ein allfällig mündlich vereinbartes Abtretungsverbot nicht entgegenhalten⁷⁸. Da der Abtretende als Gläubiger aus dem Mietvertrag ausscheidet, muss nach Schönenberger/Schmid der Vermieter die ihm zustehenden Gestaltungsbefugnisse⁷⁹ gegenüber dem Erwerber ausüben und nach Auflösung des Mietvertrages von diesem die Rückgabe der Sache fordern⁸⁰. Die Absätze zwei und drei des Art. 264 OR seien per Analogie auch auf die Abtretung anwendbar, obwohl dort nur noch die Untermiete genannt wird⁸¹. M.E. ist allerdings der Umweg über die analoge Anwendung von Art. 264 Abs. 2 und 3 OR nicht notwendig, denn soweit vom Zessionar ein Unterlassen von Handlungen verlangt wird, handelt es sich einerseits um eine sogenannte Sorgfaltspflicht, andererseits umschreibt eben die Sorgfaltspflicht das maximale Gebrauchsrecht des Zessionars. Überschreitet er dieses, kann der Vermieter direkt gegen den Zessionar vorgehen, da er ja mit ihm in eine vertragliche Beziehung getreten ist. Der Mieter ist aber auch zu Handlungen verpflichtet⁸²; diese können nicht als Rechte des Mieters gedeutet werden. Da Pflichten nicht abgetreten werden können, bleiben sie am ursprünglichen Mieter haften und es ist seine Sache, den Zessionar zu verpflichten, diese entweder an seiner Stelle zu erfüllen⁸³ oder wenigstens zu verlangen, dass er davon Kenntnis erhält, damit er selber diesen Pflichten nachkommen kann.

0.721.53 *Verhältnis zwischen Mieter und Mietzessionar*

Dieses Verhältnis richtet sich nach den Bestimmungen über die Abtretung⁸⁴ und dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäft⁸⁵. Sofern nichts anderes vereinbart ist, haftet der ursprüngliche Mieter nur für den Bestand, nicht aber für die Güte des abgetretenen Rechts, bzw. für die richtige Erfüllung des Mietvertrages durch den Vermieter⁸⁶. Somit ist der Mieter gegenüber dem Zessionar im Gegensatz zum Untermieter⁸⁷ in einer bedeutend besseren Position, wenn sich der Vermieter unge-

⁷⁷ Vgl. vorn 0.721.4.

⁷⁸ Art. 164 Abs. 2 OR.
Brunner, 461.

⁷⁹ Art. 261 Abs. 2, 265, 267 und 269 OR.

⁸⁰ Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 28.

⁸¹ Sem.jud. 98 (1976) 541.

⁸² Z.B. Meldepflicht des Mieters gemäss Art. 261 Abs. 3 OR.

⁸³ Art. 176 Abs. 1 OR.

⁸⁴ Art. 164 ff. OR.

⁸⁵ Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 29.

⁸⁶ Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 29.
Becker, Art. 264 N 6.

Lanz (52) misst dem keine praktische Bedeutung zu, da der Mieter meist im Kaufgeschäft, das der Abtretung des Gebrauchsrechtes zugrunde liege, auch für die Güte des Gebrauchsrechtes Garantie leisten werde.

⁸⁷ Vgl. hinten 2.111.

rechtfertigterweise weigert, den Dritten in das Mietobjekt einziehen zu lassen, denn dem Untermieter gegenüber haftet er für die Erfüllung des Untermietvertrages, bzw. für die Überlassung des Mietobjektes an den Untermieter⁸⁸.

0.722 Abgrenzung gegen die Vertragsübertragung⁸⁹

0.722.1 Rechtsnatur der Vertragsübertragung

Die Vertragsübertragung ist ein dreiseitiges Rechtsgeschäft, durch das die vollwertige Eigenschaft als Partei eines vertraglichen Schuldverhältnisses vom Träger dieser Eigenschaft auf einen Dritten übergeht⁹⁰. Es handelt sich um ein Verfügungsgeschäft⁹¹, das unmittelbar rechtsbegründend ist. Die Vertragsübertragung verschafft dem Eintretenden eine umfassende Rechtsstellung, die durch Zession und Schuldübernahme nicht geschaffen werden kann⁹², weil durch die Schuldübernahme, als Vertrag zwischen Gläubiger und neuem Schuldner, eine neue Obligation – allerdings unter Verwendung des den früheren Vertrag kennzeichnenden Inhalts – entsteht und damit die Kontinuität des Rechtsverhältnisses gebrochen wird⁹³. Der Dritte, der anstelle des Mieters in den Mietvertrag eintritt, erhält die genau gleiche Rechtsstellung zum Vermieter, wie sie der ausscheidende Mieter innehatte⁹⁴. Es erfolgt somit auf einer Vertragsseite ein vollständiger Subjektswechsel. Die Vertragsübertragung ist zu unterscheiden von der Aufhebung eines Mietvertrages und einem darauf folgenden Neuabschluss mit einem Dritten⁹⁵, denn bei der Vertragsübertragung soll ja gerade der alte Mietvertrag nicht aufgehoben, sondern fortgesetzt werden⁹⁶.

⁸⁸ BGE 36 II 183 ff.

⁸⁹ In Anlehnung an Früh (1) und Giger (Subjektswechsel II, 208) benütze ich im folgenden den Ausdruck Vertragsübertragung, statt z.B. Vertragsübernahme etc.

⁹⁰ Giger, Subjektswechsel II, 208 FN 65 mit Hinweis auf Früh (1).

⁹¹ Giger, Subjektswechsel II, 208 FN 65.

⁹² Guhl/Merz/Kummer, 234.

Roquette, Mietrecht, 167.

Vgl. auch SJZ 3 (1906/07) 24 und ZR 16 (1917) 308, wo in beiden Fällen nicht geprüft wurde, ob allenfalls eine Vertragsübertragung stattgefunden hat.

⁹³ Vgl. dazu die überzeugenden Ausführungen von Giger, Subjektswechsel II, 207 f.

A.M. Schumacher, Zivilrecht, 129.

⁹⁴ Giger, Subjektswechsel II, 208 FN 65.

⁹⁵ Dies ist ein in der Praxis häufig anzutreffender Fall, wenn sich ein Mieter vorzeitig aus dem Mietverhältnis lösen will und dem Vermieter einen Ersatzmieter anbietet (vgl. z.B. Gmür, 47 f.).

⁹⁶ Roquette, Mietrecht, 170.

0.722.2 *Form der Vertragsübertragung*

Ausgehend vom Grundsatz der Formfreiheit⁹⁷ legt Früh⁹⁸ überzeugend dar, dass die Vertragsübertragung im Gegensatz zur Zession ohne Einhaltung einer bestimmten Form zustande kommt, weil der Schuldner selber am Vertrag mitwirken muss und die Erkennbarkeit für andere Dritte kein Grund für die Schriftlichkeit ist, da für die Schuldübernahme auch keine Formvorschriften bestehen^{99 100 101}.

0.722.3 *Umfang der Vertragsübertragung*

Zweck der Vertragsübertragung ist die Erhaltung des gesamten zu übertragenden Rechtsverhältnisses¹⁰². Eine partielle Vertragsübertragung würde diesem Zweck widersprechen und ist deshalb unzulässig¹⁰³.

0.722.4 *Zulässigkeit der Vertragsübertragung*

Da es sich um ein dreiseitiges Rechtsgeschäft handelt, ist eine Vertragsübertragung ohne Mitwirkung des Vermieters nicht denkbar. Er kann sich bereits beim Abschluss des Mietvertrages mit einem Subjektswechsel einverstanden erklären, also mit der Übertragung des Vertrages auf eine noch unbestimmte, vielleicht noch gar nicht existierende Person¹⁰⁴; er muss dann lediglich noch beim Verfügungsgeschäft mitwirken.

0.722.5 *Wirkungen der Vertragsübertragung*

0.722.51 *Verhältnis zwischen Vermieter und ursprünglichem Mieter*

Durch die Übertragung des Mietvertrages auf einen anderen Mieter scheidet der ursprüngliche Mieter vollständig aus dem Mietvertrag aus und zwar auf den Zeitpunkt, in dem die Vertragsübertragung zustandekommt. Der ursprüngliche Mieter

⁹⁷ Art. 11 OR.

⁹⁸ Früh, 110 ff.

⁹⁹ Vgl. auch Giger, Subjektswechsel II, 208 FN 65.
von Tuhr/Escher, 335 FN 48 a.

Sem.jud. 89 (1967) 184 verlangt offenbar auch keine bestimmte Form für die Vertragsübertragung.

¹⁰⁰ A.M. Becker, Vorbemerkungen zu Art. 164 – 174 N 6.

¹⁰¹ Nach Bucher (539) gelten die Formerfordernisse der zu übertragenden Vertragsbeziehung.

¹⁰² Giger, Subjektswechsel II, 208 FN 65.

¹⁰³ Lanz (52) sieht die Ursache darin, dass im allgemeinen die Mietzinsschuld für das ganze Mietobjekt vereinbart wird und deshalb nicht willkürlich geteilt werden könne.

¹⁰⁴ Früh, 103.

schuldet die Mietzinsen nur bis zu diesem Zeitpunkt¹⁰⁵. Er haftet nicht für Handlungen des Übernehmers, da er ja nicht mehr in einem vertraglichen Verhältnis zum Vermieter steht.

0.722.52 Verhältnis zwischen Vermieter und Übernehmer

Der Übernehmer tritt im Zeitpunkt der Vertragsübertragung an die Stelle des ursprünglichen Mieters. Er erhält durch den Übergang des Rechtsgrundverhältnisses auch die Gestaltungsrechte¹⁰⁶. Die Mietzeit, die bis zur Vertragsübertragung bereits abgelaufen ist, wird dem Eintretenden auf die gesamte im Vertrag vorgesehene Mietzeit angerechnet. Der Übernehmer schuldet den Mietzins vom Zeitpunkt des Eintritts in den Vertrag¹⁰⁷.

0.722.53 Verhältnis zwischen ursprünglichem Mieter und Übernehmer

Dieses richtet sich einerseits nach den Regeln über die Vertragsübertragung¹⁰⁸ und andererseits nach dem ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäft (z.B. Kauf) zwischen Mieter und Übernehmer.

0.8 Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Änderung des Obligationenrechts (Miet- und Pachtrecht) 1981

Nach dem Vorentwurf tritt bei der Abtretung der Miete der Dritte anstelle des Mieters in das Mietverhältnis¹⁰⁹. Damit soll die Streitfrage (offenbar über die Rechtsnatur der Abtretung der Miete) gelöst und eine klare Lage geschaffen werden¹¹⁰. Das trifft zu, nur wäre m.E. um der Klarheit willen der Ausdruck "Abtretung" durch "Vertragsübertragung" zu ersetzen. Es darf auch nicht übersehen werden, dass somit gemäss Vorentwurf die Abtretung der Miete im Sinne der vorn¹¹¹ gemachten Ausführungen nicht mehr möglich sein wird. Damit wird auch die Streitfrage gelöst, ob die Mieterrechte derart mit Verpflichtungen durchsetzt sind, dass sie nicht getrennt und damit auch nicht abgetreten werden können^{112 113}.

¹⁰⁵ Roquette, Mietrecht, 171.

¹⁰⁶ Giger, Subjektswechsel II, 208 FN 65.

¹⁰⁷ Roquette, Mietrecht, 171.

¹⁰⁸ Früh, 96 ff.

¹⁰⁹ Art. 265 Abs. 2 Vorentwurf.

¹¹⁰ Begleitbericht zum Vorentwurf, S. 30.

¹¹¹ Vorn 0.721.

¹¹² Oser/Schönenberger, Art. 164 N 27.

¹¹³ Vgl. vorn 0.721.1 bei FN 43.

0.9 Faktische Bedeutung der Untermiete

Im Jahre 1970 waren in der Schweiz 53'857 von insgesamt 1'315'260 besetzten Mietwohnungen ganz oder teilweise weitervermietet. Es waren also insgesamt 4,1% der Mietwohnungen ganz oder teilweise weitervermietet. Über die Verteilung nach Kantonen gibt nachstehende Tabelle¹¹⁴ Auskunft:

Kanton	Besetzte Mietwohnungen	Besetzte Mietwohnungen mit Weitervermie- tung	in Prozent
Zürich	269 410	15 662	5,8
Bern	190 151	8 487	4,5
Luzern	52 108	2 436	4,7
Uri	4 117	148	3,6
Schwyz	13 183	411	3,1
Obwalden	2 337	83	3,6
Nidwalden	3 665	130	3,5
Glarus	5 553	159	2,9
Zug	12 576	534	4,2
Freiburg	27 973	931	3,3
Solothurn	39 047	1 192	3,1
Basel-Stadt	71 359	2 727	3,8
Basel-Land	37 967	954	2,5
Schaffhausen	14 916	562	3,8
Appenzell A.Rh.	8 010	255	3,2
Appenzell I.Rh.	1 127	32	2,8
St. Gallen	70 631	2 940	4,2
Graubünden	21 595	1 505	7,0
Aargau	67 727	2 065	3,0
Thurgau	31 117	1 166	3,7
Tessin	50 699	1 236	2,4
Waadt	137 617	4 762	3,4
Wallis	23 715	410	1,7
Neuenburg	48 509	1 352	2,8
Genf	110 151	3 718	3,4
Schweiz	1 315 260	53 857	4,1

¹¹⁴ Die Zahlen wurden der Tabelle 2.06 (Besetzte Wohnungen nach Besitzverhältnis, Bauperiode, Küchenverhältnis, Zimmerzahl und Weitervermietung) Schweizerische Volkszählung 1970, Bern 1975, entnommen.

Abgesehen von den Kantonen Graubünden (7,0%) und Wallis (1,7%) weicht der Anteil der Untermiete im Verhältnis zu den gemieteten Wohnungen nicht wesentlich vom gesamtschweizerischen Durchschnitt ab.

Aussagekräftiger ist der prozentuale Anteil geordnet nach den verschiedenen Gemeindegrössen. Darüber gibt folgende Tabelle¹¹⁵ Auskunft:

Gemeindegrössen- klasse	Besetzte Mieterwohnungen	Besetzte Mieterwohnungen mit Weitervermie- tung	in Prozent
mit			
200 000 und mehr E	195 008	12 876	6,6
100 000 – 199 999 E	176 236	10 296	5,8
50 000 – 99 999 E	84 690	4 236	5,0
20 000 – 49 999 E	151 646	5 677	3,7
10 000 – 19 999 E	205 468	7 207	3,5
5 000 – 9 999 E	169 029	5 059	3,0
2 000 – 4 999 E	189 026	5 164	2,7
1 000 – 1 999 E	79 427	1 853	2,3
unter			
1 000 E	64 730	1 489	2,3

E = Einwohner

Daraus ergibt sich, dass der prozentuale Anteil der Untermietverhältnisse mit der Grösse der Gemeinde zunimmt. Das dürfte u.a. auch auf die Wohnraumverknappung und die in der Regel höheren Mietpreise in den grösseren Agglomerationen zurückzuführen sein.

Im Rahmen der Wohnraummiete kommt der Untermiete in der Schweiz eine nicht unbedeutende Stellung zu, insbesondere in den grösseren Gemeinden.

Über die faktische Bedeutung der Untermiete bei der Miete von Geschäften lassen sich keine Unterlagen finden.

¹¹⁵ Die Zahlen wurden der Tabelle 3.06 (Besetzte Wohnungen nach Besitzverhältnis, Bauperiode, Küchenverhältnis, Zimmerzahl und Weitervermietung) Schweizerische Volkszählung 1970, Bern 1975, entnommen.

1. Entstehung des Untermietvertrages

1.1 Zulässigkeit der Untermiete

1.11 Grundsatz

Gewisse Mietverträge, insbesondere solche über Geschäftsliegenschaften, werden vielfach für eine längere Dauer fest abgeschlossen. Sofern der Fall eintritt, dass der Mieter vor Ablauf des Mietvertrages vom Mietobjekt keinen Gebrauch mehr machen kann oder will und er nicht aus wichtigen Gründen vom Mietvertrag zurücktreten kann¹, muss er weiterhin seinen Pflichten aus dem Mietvertrag nachkommen, insbesondere muss er den Mietzins weiter bezahlen. Damit der Mieter nicht eine finanzielle Einbusse erleidet, soll er das Mietobjekt einem Dritten gegen Entschädigung zum Gebrauch überlassen können². Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber den Mieter berechtigt, die gemietete Sache ganz oder teilweise weiterzuvermieten oder die Miete an eine dritte Person abzutreten^{3 4 5}.

1.12 Einschränkungen des Grundsatzes

1.120 Allgemein

Bedeutsam sind nicht nur die wirtschaftlichen Interessen des Mieters, sondern auch diejenigen des Vermieters. Des weitern ist zu beachten, dass ein Mietverhältnis

¹ Art. 269 Abs. 1 OR.

² BGE 67 II 140.
Brunner, 459.
Keller, 69.

³ Art. 264 Abs. 1 OR.

⁴ Im Gegensatz zu Deutschland, wo der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt ist, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiterzuvermieten (BGB § 549).

⁵ Allerdings kann sich in solchen Fällen der Mieter auch in Annahmeverzug begeben und dem Vermieter annehmbare Ersatzmieter vorschlagen, womit er sich von Schadenersatzforderungen befreien kann (näheres dazu bei Schönenberger/Schmid Art. 257 N 7 – 14). In der Regel wird der Mieter mit dieser Lösung besser fahren, da in der Praxis normalerweise der ursprüngliche Mietvertrag in gegenseitigem Einverständnis aufgelöst wird und der Vermieter mit dem Ersatzmieter einen neuen Mietvertrag abschliesst.

vielfach nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine persönliche Seite hat, dies insbesondere bei der Wohnungsmiete, wo die Hausgemeinschaft zwischen Vermieter und Mieter Probleme persönlicher Natur mit sich bringen kann⁶. Die Miete – im Gegensatz etwa zum Kauf – ist ein Vertragsverhältnis, das besonders stark auf dem gegenseitigen Vertrauen der Parteien beruht⁷. Für den Mieter mag es in vielen Fällen gleichgültig sein, wer Vermieter ist, insbesondere wenn es sich um “unpersönliche” Gesellschaften handelt; umgekehrt ist es für den Vermieter wesentlich, wer den Gebrauch der gemieteten Sache ausübt, weil sich danach der Umfang und die Art des tatsächlichen Gebrauches bestimmt^{8 9}. Müller¹⁰ spricht in diesem Zusammenhang von einer Partnerschaft zwischen Vermieter und Mieter, ähnlich der Sozialpartnerschaft im Arbeitsrecht¹¹.

Könnte der Mieter nun in jedem Fall den Gebrauch an der gemieteten Sache einem Dritten überlassen, könnten die erwähnten legitimen Interessen des Vermieters verletzt werden. Aus diesen Gründen wird das Recht des Mieters auf Untervermietung in zweifacher Art eingeschränkt: einerseits durch eine gesetzliche Einschränkung^{12 13}, und andererseits dadurch, dass es den Vertragspartnern des Mietvertrages freigestellt ist, die Untermiete zu verbieten oder an Bedingungen oder Auflagen zu knüpfen¹⁴.

1.121 Gesetzliche Einschränkung

1.121.1 Grundsatz

Dem Vermieter ist es nicht zumutbar, den Gebrauch jedes Dritten an dem von ihm vermieteten Gegenstand in jedem Falle zu dulden. Die Begründung für die gesetzliche Einschränkung ergibt sich daher einerseits aus der Pflicht des Vermieters, das Mietobjekt zu einem vertragsgemässen Gebrauch zu überlassen¹⁵ und andererseits der Pflicht des Mieters, das Mietobjekt nur vertragsgemäss mit aller Sorg-

⁶ BGE 67 II 140 f.

⁷ Bereits im römischen Recht wurde die locatio conductio als negotium, bzw. contractus bonae fidei behandelt (Kantorowicz, 11; Rosin, 13).

⁸ Brunner, 459.

⁹ Nach Lanz (49), allerdings in einem anderen Zusammenhang, sind Gebrauchsrecht und Sorgfaltspflichten völlig unabhängig von der Person des Gebrauchenden und deshalb unpersönlicher Natur.

¹⁰ Müller, 47.

¹¹ A.M. Reymond (235), der die Auffassung vertritt, mit der Befugnis, eine Sache während einer bestimmten Zeit zu gebrauchen, trete bei einem Mietverhältnis das Recht des Mieters an der Sache in den Vordergrund, während den persönlichen Beziehungen zwischen Mieter und Vermieter eher zweitrangige Bedeutung zukomme.

¹² Art. 264 Abs. 1 OR am Ende.

¹³ Vgl. hinten 1.121.

¹⁴ Vgl. hinten 1.122.

¹⁵ Art. 254 Abs. 1 OR.

falt zu gebrauchen¹⁶. Es ist selbstverständlich, dass der Mieter, der die Sache nur vertragsgemäss gebrauchen darf, dem Untermieter keinen hauptmietvertragswidrigen Gebrauch einräumen kann¹⁷, denn damit würde der Mieter dem Untermieter mehr Rechte weitergeben, als ihm selber zustehen¹⁸ 19. Der Gesetzgeber hat dies so formuliert, dass er die Untermiete als zulässig erklärt hat, "vorausgesetzt, dass dadurch nicht eine für den Vermieter nachteilige Veränderung bewirkt wird"²⁰.

1.121.2 *Rechtsnatur der gesetzlichen Einschränkung*

Das Gesetz²¹ spricht von einer Voraussetzung. Der Frage, ob es sich dabei um eine Bedingung oder eine vertragliche Kondition²² handelt, kommt insofern Bedeutung zu, als bei der Bedingung unmittelbar der Bestand des Mietvertrages von der Einhaltung der gesetzlichen Beschränkung abhängig wäre²³, währenddessen die vertragliche Kondition die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht berühren²⁴, sondern lediglich den Belasteten zu einem bestimmten Verhalten verpflichten würde.

Der Wortlaut von Art. 264 Abs. 1 OR²⁵ lässt beide Lösungen zu. Unergiebig sind auch die Materialien zum Obligationenrecht. Bei Art. 264 Abs. 1 OR handelt es sich im Grunde genommen um eine Konkretisierung des vertragsgemässen Gebrauchs durch den Mieter²⁶. Macht der Mieter trotz Abmahnung dauernd einen vertragswidrigen Gebrauch von der Mietsache, so kann der Vermieter die sofortige Auflösung des Mietvertrages nebst Schadenersatz verlangen²⁷. Der Mietvertrag wird also nicht eo ipso durch den vertragswidrigen Gebrauch aufgelöst, sondern erst durch die Erklärung des Vermieters, er löse den Mietvertrag auf. Das lässt darauf schliessen, dass die gesetzliche Einschränkung als vertragliche Kondition zu ver-

¹⁶ Art. 261 Abs. 1 OR.

¹⁷ Heuberger, 117.

¹⁸ *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.*

¹⁹ BGE 70 II 42.

ZR 38 (1939) 364.

Becker, Art. 264 N 3.

Brunner, 465.

²⁰ Art. 264 Abs. 1 OR am Ende.

²¹ Art. 264 Abs. 1 OR.

²² Oser/Schönenberger, (Art. 264 N 6) bezeichnet die gesetzliche Beschränkung der Zulässigkeit der Untermiete als Auflage, vermutlich im Sinne einer Vertragsbedingung (vgl. dazu Gauch/Schluép/Jäggi, II, Nr. 2669).

²³ BGE 80 II 260.

²⁴ Bucher, 459.

²⁵ "... vorausgesetzt, dass dadurch nicht eine für den Vermieter nachteilige Veränderung bewirkt wird."

"... pourvu qu'il n'en résulte aucun changement préjudiciable au bailleur."

"... purchè non ne derivi alcuna pregiudicevole innovazione a danno del locatore."

²⁶ Art. 254 Abs. 1 und Art. 261 Abs. 1 OR.

²⁷ Art. 261 Abs. 2 OR.

stehen ist. Dies entspricht auch den Interessen beider Parteien. Die Auslegung als Bedingung hätte zur Folge, dass bei unzulässiger Untermiete der Mietvertrag unmittelbar von Gesetzes wegen aufgehoben würde; eine für den Mieter sehr harte Konsequenz, die auch den Interessen des Vermieters entgegenstehen kann, da er trotz der Unzulässigkeit der Untermiete an der Aufrechterhaltung des Mietvertrages interessiert sein kann. Bei einer Auslegung als vertragliche Kondition werden die Interessen beider Parteien besser geschützt. Aus diesen Gründen ist m.E. die gesetzliche Einschränkung der Zulässigkeit der Untermiete als vertragliche Kondition zu verstehen.

Die Praxis²⁸ hat denn auch, wenn die Folgen der unzulässigen Untermiete zu beurteilen waren, Art. 261 Abs. 2 OR als anwendbar erklärt, allerdings ohne dass die Rechtsnatur der gesetzlichen Einschränkung näher geprüft worden ist.

1.121.3 Nachteilige Veränderung für den Vermieter

1.121.30 Fragestellung

Was ist eine nachteilige Veränderung, und wie kann sie allenfalls festgestellt werden?

1.121.31 Rechtsprechung

Die publizierten Entscheide befassen sich nicht grundsätzlich mit der Frage, was eine nachteilige Veränderung für den Vermieter ist, ausgenommen BGE 39 II 704 f. Danach sei der Sinn von Art. 264 OR der, dass der Mieter dem Untermieter nur den vertragsmässigen Gebrauch nach Art. 283 aOR einräumen dürfe. Der Gebrauch dürfe nicht in einer Art und Weise und durch Leute ausgeübt werden, dass die Abnutzung, Schädigung usw. eine grössere, andere werde^{29 30}.

1.121.32 Literatur

Becker³¹ unterscheidet zwischen rechtlichen und faktischen Veränderungen. Als rechtliche Benachteiligung bezeichnet er diejenigen Fälle, bei denen der Mieter dem Untermieter einen weitergehenden oder anderen Gebrauch einräumt, als ihm selbst zusteht, währenddessen er unter die faktische Benachteiligung diejenigen Fälle

²⁸ Z.B. Sem.jud. 97 (1975) 187.

²⁹ BGE 39 II 704 f. mit Hinweis auf Janggen, 93.

³⁰ Ähnlich ZR 38 (1939) 363 f.

³¹ Becker, Art. 264 N 3.

subsumiert, bei denen der Mieter dem Untermieter zwar den zulässigen Gebrauch einräumt, dieser aber vom Untermieter überschritten wird³².

Nach Oser/Schönenberger³³ darf der Gebrauch durch den Untermieter kein anderer sein als der dem Mieter zugestandene, das heisst, der Mieter darf dem Untermieter keinen umfänglich oder zeitlich weitergehenden oder sachlich andersgearteten Gebrauch gewähren, als ihm selbst zusteht. Diese Umschreibung ist im Grunde genommen nichts anderes als eine Präzisierung des vertragsgemässen Gebrauchs.

Schönenberger/Schmid³⁴ drücken sich vorsichtig aus, indem sie den massgeblichen Gesetzestext wiedergeben und einige Beispiele anführen.

Für Brunner³⁵ besteht eine nachteilige Veränderung nur, wenn der Untermieter von den betreffenden Mieträumlichkeiten einen direkt vertragswidrigen oder doch einen erheblich anderen Gebrauch macht, als dies unter den ursprünglichen Mietparteien vorgesehen war. Damit sei allerdings nicht gesagt, dass der Untermieter nur den genau gleichen Gebrauch von der Mietsache machen dürfe, wie der Mieter, in dem Sinne, dass die Untermiete nur zu einem bestimmten, dem Mieter eingeräumten Zweck, gestattet sei. Der Gebrauch dürfe aber niemals so ausgeübt werden, dass die Schädigung an der Mietsache erheblich grösser sei, als dies beim Vertragsabschluss habe vorausgesehen werden können³⁶.

1.121.33 Lösungsvorschlag

1.121.331 Grundsätzliches

Eine Veränderung kann nur durch einen Vergleich festgestellt werden. Zu vergleichen sind zwei zeitlich auseinanderliegende³⁷ Situationen des gleichen Subjektes, denn es soll ja festgestellt werden, ob für dieses Subjekt eine rechtlich relevante Veränderung eintritt. Es ist also die Situation des Vermieters vor der Weitervermietung durch den Mieter mit derjenigen nach erfolgter Untervermietung zu vergleichen. Allerdings dürfen nur Veränderungen berücksichtigt werden, die in einem Kausalzusammenhang mit der Untermiete stehen, denn nur diese sind im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Untermiete von Bedeutung.

³² Ähnlich Dürr (Art. 264 lit. b), der zwischen dem vertragsgemässen Gebrauch und der faktischen Lage des Vermieters zu unterscheiden scheint.

³³ Oser/Schönenberger, Art. 264 N 6 mit Hinweis auf BGE 39 II 704 f.

³⁴ Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 8.

³⁵ Brunner (461) unter Hinweis auf ein Urteil des Basler Zivil- und Appellationsgerichtes, publiziert in: Der Hausbesitzer, herausgegeben vom Hausbesitzer-Verein Basel, 20. Jahrgang, Nr. 2, Februar 1927, 2.

³⁶ Brunner (466) mit Hinweis auf BGE 39 II 705.

³⁷ Das ergibt sich bereits aus dem Wort "Veränderung".

1.121.332 *Rechtliche nachteilige Veränderung*

Der ursprüngliche Mietvertrag bleibt von der Untermiete unberührt; nach wie vor ist der Mieter Vertragspartner des Vermieters, und die Vertragsbedingungen ändern sich dadurch nicht. Die rechtliche Stellung des Vermieters ändert sich lediglich, soweit dies im Gesetz vorgesehen ist³⁸. Er ist berechtigt, den Untermieter unmittelbar zum vertragsgemässen Gebrauch anzuhalten³⁹, und er erhält ein Retentionsrecht an den vom Untermieter eingebrachten Sachen⁴⁰. In diesen beiden Fällen erhält der Vermieter zusätzliche Rechte. Der Erwerb von Rechten kann aber niemals eine rechtliche Schlechterstellung für den Erwerber sein, sofern diese, was hier offensichtlich der Fall ist, mit keinen zusätzlichen Pflichten verbunden sind.

In diesem Sinne kann daher m.E. für den Vermieter durch die Untermiete gar keine rechtliche Benachteiligung entstehen. Für den Vermieter kann also lediglich eine faktische nachteilige Veränderung entstehen.

1.121.333 *Faktische nachteilige Veränderung*

1.121.333.0 *Allgemein*

Eine faktische nachteilige Veränderung kann im Gebrauch des Untermieters, in seiner Person, aber auch in seinem voraussichtlichen (zukünftigen) Verhalten liegen.

1.121.333.1 *Durch den Gebrauch des Untermieters*

1.121.333.10 *Allgemein*

Bei der Prüfung, ob durch den Gebrauch des Mietobjektes für den Vermieter eine nachteilige Veränderung entsteht, ist vom Hauptmietvertrag auszugehen. Darin ist der Umfang des Gebrauchs des Mietobjektes, den zu dulden der Vermieter sich verpflichtet hat, näher umschrieben. Stimmt der Vermieter einer anderen Benützung des Mietobjektes durch den Untermieter zu⁴¹ — dies kann auch durch Duldung eines vertragswidrigen Gebrauchs geschehen — so kommt dies einer Änderung des Mietvertrages gleich. Deshalb kann eine solche Zustimmung nicht mehr einseitig widerrufen werden⁴². Vielfach ist der zulässige Gebrauch in den Mietverträgen⁴³

³⁸ Vgl. hinten 2.3.

³⁹ Art. 264 Abs. 3 OR; näheres dazu hinten 2.231.

⁴⁰ Art. 272 Abs. 2 OR; näheres dazu hinten 2.232.

⁴¹ ZR 18 (1919) 106.

⁴² ZR 8 (1909) 183.

⁴³ Vgl. z.B. Zürcher-Mietvertrag, herausgegeben vom Kantonalverband der Zürcher Hauseigentümervereine und vom Mieterverband Zürich, Ausgabe 1971/A, insbesondere Ziff. 7.

ähnlich wie im Gesetz nur allgemein umschrieben, was dazu führt, dass er im Einzelfall nicht ohne weiteres aus dem Mietvertrag ersichtlich ist. Der Mietvertrag ist, sofern sich in solchen Fällen kein übereinstimmender wirklicher Parteiwille feststellen lässt⁴⁴, nach dem Vertrauensprinzip⁴⁵ auszulegen: d.h. die Willenserklärungen sind so auszulegen, wie ihr Empfänger sie in guten Treuen verstehen durfte und musste⁴⁶.

Zweifellos entsteht für den Vermieter immer dann eine nachteilige Veränderung, wenn der Untermieter die Sache hauptmietvertragswidrig benutzt. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Mieter dem Untermieter unzulässigerweise einen hauptmietvertragswidrigen Gebrauch eingeräumt hat, oder ob der Untermieter den korrekt geschlossenen Untermietvertrag verletzt, denn in beiden Fällen tritt für den Vermieter eine nachteilige Veränderung durch die Untervermietung ein.

Durch den Abschluss eines Untermietvertrages (Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes), der dem Untermieter einen hauptmietvertragswidrigen Gebrauch einräumt, wird der Vermieter noch nicht unmittelbar benachteiligt, denn der Mieter darf wie jeder andere auch eine Sache vermieten, an der ihm noch keine Rechte zustehen^{47 48}. Dies muss auch für den Fall gelten, dass der Mieter dem Untermieter einen zeitlich längeren Gebrauch am Mietobjekt einräumt, als ihm selber zusteht⁴⁹.

Ebensowenig wird der Vermieter durch das entsprechende Verfügungsgeschäft benachteiligt, da dieses unabhängig vom Umfang des Gebrauchsrechts in der Einräumung der Sachherrschaft, bzw. Übertragung des Besitzes am Mietobjekt auf den Untermieter besteht⁵⁰.

Keine Benachteiligung im Rahmen des vertragsgemässen Gebrauchs tritt für den Vermieter ein, wenn der Mieter dem Untermieter zwar einen hauptmietvertragswidrigen Gebrauch einräumt, dieser aber das Mietobjekt nur im Rahmen des im Hauptmietvertrag vorgesehenen Umfangs nutzt. Dieser Fall kann allerdings im Rahmen des voraussichtlichen Verhaltens des Untermieters⁵¹ eine nachteilige Veränderung für den Vermieter bedeuten.

⁴⁴ Vgl. dazu hinten 1.122.231.

⁴⁵ BGE 90 II 104 E 8.

BGE 87 II 242.

BGE 62 II 153.

BGE 32 II 286.

⁴⁶ A.M. Brunner (470), der die Auffassung vertritt, die Willenserklärung des Vermieters sei nach dem wirklichen Willen des Erklärenden zu beurteilen.

⁴⁷ BGE 97 II 63.

⁴⁸ Im Rahmen des voraussichtlichen Verhaltens des Untermieters kann dies allerdings von Bedeutung sein; vgl. dazu hinten 1.121.333.3.

⁴⁹ A.M. Becker, Art. 264 N 3.

Vgl. dazu hinten 1.121.333.3.

⁵⁰ Reymond, 214 und 218.

⁵¹ Vgl. dazu hinten 1.121.333.3.

1.121.333.11 *Vertragswidriger Gebrauch*

Es entsteht somit immer dann eine nachteilige Veränderung für den Vermieter, wenn der Untermieter vom Mietobjekt einen Gebrauch macht, der dem Mieter verboten wäre⁵².

So hat das Bundesgericht⁵³ in der Weitervermietung eines Kolonialwarenhauses als Kino einen unzulässigen und ungerechtfertigten Gebrauch der Mietsache gesehen, da sich im konkreten Fall die Feuergefährdung und damit die vom Vermieter zu entrichtende Brandversicherungsprämie erhöhte, die Zirkulation im ganzen Haus erschwert und das Mietobjekt stärker in Anspruch genommen wurde. M.E. war in diesem Fall der wichtigste Grund, der im Entscheid allerdings nur leicht angetönt wird, die Zweckänderung an und für sich. Bei der Änderung des Geschäftszweckes geht der ursprüngliche Goodwill, der mindestens teilweise mit der Liegenschaft verknüpft ist⁵⁴, dem Vermieter verloren, und es muss wieder ein neuer geschaffen werden. Ob dies dem Untermieter gelingt, ist eine unsichere Sache. In diesem Sinne entsteht für den Vermieter bei der Änderung des Geschäftszweckes eine nachteilige Veränderung.

Die Benützung einer Wohnung, die aus einem Zimmer und einem kleinen Bad besteht, durch fünf Personen während mehrerer Monate, ist unzulässig⁵⁵. Eine nachteilige Veränderung für den Vermieter besteht auch, wenn der Untermieter regelmässig im Wohnraum kocht und dabei die Zimmerdecken und Tapeten mit Russ schwärzt⁵⁶, oder wenn er in Mansardenräumen kocht und damit die Feuergefahr erhöht⁵⁷.

Nach einem älteren Entscheid des Zürcher Obergerichtes⁵⁸ ist es dem Mieter – sofern nicht eine ausdrückliche weitergehende Vereinbarung stattfand – untersagt, die sämtlichen Hausbewohnern zur gemeinsamen Benutzung zustehenden Nebenräume (wie Keller und Estrich) und Einrichtungen (wie Waschmaschinen) dem Untermieter zum Gebrauche zu überlassen.

Dieser Entscheid ist in der Begründung m.E. zu absolut. Die Zulässigkeit der Untervermietung von Nebenräumen und Einrichtungen hängt davon ab, ob für den Vermieter eine nachteilige Veränderung entsteht. Das trifft dann zu, wenn die Mitbenützung durch den Untermieter zu einer übermässigen (mietvertragswidrigen) Nutzung führt.

⁵² ZR 38 (1939) 363, wobei es sich in diesem Fall allerdings nicht um einen Untermietvertrag handelte, sondern um einen Pachtvertrag, bei dem der Verpächter sein Recht aus einem Mietvertrag ableitete.

⁵³ BGE 39 II 705.

⁵⁴ BGE 93 II 459 f.

⁵⁵ BGE 68 II 240.

⁵⁶ Maximen 9 (1949) 570, wobei es sich bei diesem Fall nicht um eine Untermiete handelte, sondern um die Aufnahme naher Verwandter in die Wohnung (vgl. dazu vorn 0.5 bei FN 21).

⁵⁷ ZR 21 (1922) 12 ff.

⁵⁸ ZR 25 (1926) 161.

⁵⁸ Urteil vom 16. Februar 1923 in Sachen M/G: Regest publiziert in SJZ 24 (1927/28) 168.

Es ist zu beachten, dass nicht jede andere Nutzung des Mietobjektes für den Vermieter eine nachteilige Veränderung bedeutet. So ist es keine Benachteiligung für den Vermieter, wenn der Untermieter ein Schlafzimmer als Wohnraum braucht⁵⁹. Ferner soll es keine erhebliche Benachteiligung des Vermieters sein, wenn infolge der Untermiete eine Wohnung von 1 bis 2 Personen mehr bewohnt wird als bisher⁶⁰. Dies trifft m.E. aber nur dann zu, wenn die Wohnung eine entsprechende Grösse hat und die Zahl der berechtigten Mitbenützer nicht im Hauptmietvertrag festgelegt ist⁶¹.

1.121.333.12 Verletzung der Sorgfaltspflichten

Der vertragsgemässe Gebrauch umfasst auch die Pflicht des Mieters, seine Rechte mit aller Sorgfalt auszuüben⁶². Werden diese Sorgfaltspflichten vom Untermieter nicht beachtet, unabhängig davon, ob er sich dem Mieter gegenüber dazu verpflichtet hat oder nicht, tritt für den Vermieter eine nachteilige Veränderung ein. Der Mieter kann sich m.E. in solchen Fällen nicht darauf berufen, er hafte ja für den Untermieter⁶³ und sei bereit, Schadenersatz zu leisten, da der Schadenersatz nur den materiellen Schaden ausgleicht, der Vermieter aber für den immateriellen (z.B. mehr Umtriebe und damit verbundenem Ärger) nicht entschädigt wird. Da sich die Sorgfaltspflicht, bzw. deren Umfang, aus dem Hauptmietvertrag und dem Gesetz ergeben, kann im Rahmen dieser Arbeit auf die Literatur zum Mietvertrag verwiesen werden⁶⁴.

1.121.333.13 Verletzung der Gebrauchspflicht

Für den Vermieter kann nicht nur durch einen übermässigen Gebrauch eine nachteilige Veränderung entstehen, sondern auch dadurch, dass der Untermieter den Gebrauch, zu dem der Mieter verpflichtet ist, nicht ausübt. Eine Pflicht für den Mieter, das Mietobjekt zu einem bestimmten Zweck zu gebrauchen, kann sich aus dem Mietvertrag ergeben⁶⁵, oder auch stillschweigende Voraussetzung des Mietver-

⁵⁹ Revue 9 (1891) 135 ff.

⁶⁰ Brunner, 467.

⁶¹ Wie z.B. im Mietvertrag, herausgegeben vom Aargauischen Hauseigentümerverband, Ausgabe 1974, Ziff. 1: "Der Vermieter überlässt dem Mieter für sich und seine Familie, bestehend aus ... Personen ..."

⁶² Schönenberger/Schmid, Art. 261 N 13.

⁶³ Vgl. hinten 2.33.

⁶⁴ Z.B. Schönenberger/Schmid, Art. 261 N 13 – 24 mit zahlreichen Hinweisen.

⁶⁵ Ziff. 13.2 Mietvertrag für Geschäftsräume, herausgegeben vom Kantonal-zürcherischen Hauseigentümer-Verband, und dem Kant. Gewerbeverband, Zürich, Ausgabe G/74.

trages sein⁶⁶. Eine Gebrauchspflicht wird bei der Wohnungsmiete eher selten vorkommen⁶⁷, hingegen ist sie bei Geschäftsmieten meistens ein wichtiger Bestandteil des Mietvertrages, da der Nichtgebrauch zu einer Entwertung des Mietobjektes führt⁶⁸.

1.121.333.2 In der Person des Untermieters

Der Vermieter hat den Mietvertrag mit einer bestimmten Person geschlossen. Er ist vielfach nicht nur an der korrekten Erfüllung des Mietvertrages durch den Mieter interessiert, sondern auch an dessen durch den Mietvertrag nicht erfasstem Verhalten⁶⁹. Unter Umständen hat er gerade aus solchen Gründen mit einem bestimmten Mieter und nicht mit einem anderen Bewerber den Mietvertrag geschlossen. Andererseits hat sich der Vermieter, indem er die Zulässigkeit der Untermiete nicht ausschloss, mit der Weitervermietung einverstanden erklärt, also auch mit der Person des Untermieters. Der Vermieter darf somit nicht jeden Untermieter ablehnen, der nicht die genau gleichen Eigenschaften wie der Mieter besitzt. Es kann nicht auf die subjektive Meinung des Vermieters abgestellt werden, sonst wäre eine Untervermietung praktisch unmöglich, denn der Vermieter könnte sich immer darauf berufen, der betreffende Untermieter passe ihm persönlich nicht. Vielmehr ist nach objektiven Gesichtspunkten zu prüfen, ob der Untermieter für den Vermieter annehmbar erscheint und auch sonst keine hinreichenden Gründe gegen ihn als Untermieter sprechen⁷⁰. Er muss nur einen solchen Untermieter annehmen, der ihm nach den Verhältnissen billigerweise zugemutet werden kann⁷¹. Bereits aus diesen allgemeinen Umschreibungen geht hervor, dass sich nicht allgemein festlegen lässt, welche Eigenschaften ein Untermieter haben muss, damit der Vermieter keine nachteilige Veränderung erleidet. Die Tatsache, dass ein Untermieter ein ehebrecherisches Verhältnis unterhält⁷² oder dass die Untermieterin ärgerniserregende und verdächtige Herrenbesuche empfängt⁷³, wurde als nachteilige Veränderung bezeichnet. Es darf allerdings bezweifelt werden, ob heute —

⁶⁶ ZBJV 111 (1975) 529.

Schönenberger/Schmid, Art. 261 N 9: z.B. ein gemietetes Reitpferd bewegen. Brunner, 363.

⁶⁷ Denkbar z.B. bei einem möblierten Einfamilienhaus mit Garten.

⁶⁸ BGE 28 II 241.

SJZ 22 (1925/26) 264.

⁶⁹ Z.B. (un)freundliches Verhalten gegenüber den Mitmietern oder andere persönliche Charaktereigenschaften des Mieters.

⁷⁰ SJZ 54 (1958) 151 zur ähnlichen Frage, wann der Vermieter beim vorzeitigen Auszug des Mieters gehalten ist, einen von diesem angebotenen Ersatzmieter anzunehmen.

⁷¹ ZR 62 (1963) 221.

⁷² ZR 25 (1926) 360 f.

⁷³ SJZ 55 (1959) 89 f., wobei aus diesem Entscheid nicht ersichtlich ist, inwiefern die Herrenbesuche Ärgernis erregten, bzw. verdächtig waren.

zumindest im ersten Fall – gleich entschieden würde, da sich die diesbezüglichen Auffassungen stark geändert haben. Eindeutig auch heute noch ist ein Vermieter benachteiligt, wenn der Wohnungsmieter Zimmer an “des professionnelles de la galanterie” untervermietet⁷⁴, wobei in diesem Fall auch ein unzulässiger Gebrauch des Mietobjektes durch den Untermieter erblickt werden kann⁷⁵, je nachdem ob das “Gewerbe” im Mietobjekt oder anderswo ausgeübt wird. Eine Benachteiligung für den Vermieter kann m.E. auch im Gewerbe liegen, das der Untermieter ausübt. So müsste eine Treuhandfirma, die einen Teil ihrer Büros vermietet, kaum eine dubiose Agentur als Untermieterin akzeptieren⁷⁶. Insbesondere müsste die Weitervermietung an einen Untermieter, der in geschäftlicher Konkurrenz zum Vermieter steht, als unzulässig angesehen werden, da die Konkurrenz im eigenen Haus für den Vermieter eindeutig einen Nachteil darstellt.

Keine unmittelbare nachteilige Veränderung für den Vermieter stellt die Zahlungsunfähigkeit des Untermieters dar, weil der Mieter und nicht der Untermieter dem Vermieter den Mietzins schuldet⁷⁷. Aber bei der Geschäftsmiete kann die Zahlungsunfähigkeit des Untermieters für den Vermieter mittelbar von Bedeutung sein. Wird nämlich über den Untermieter der Konkurs eröffnet, so kann die unter Umständen unberechtigte Meinung aufkommen, die Liegenschaft besitze eine schlechte Geschäftslage. Dies wiederum kann sich bei der nächsten Vermietung nachteilig auf den Mietzins auswirken. Insofern kann m.E. auch die Zahlungsunfähigkeit des Untermieters einen entscheidenden Umstand für die Zulässigkeit der Untermiete bilden.

1.121.333.3 Im voraussichtlichen Verhalten des Untermieters

Der Vermieter, der einen Mietvertrag abschliesst, erwartet von seinem Mieter bestimmte Verhaltensweisen, ohne dass diese Erwartungen zu Vertragsbedingungen gemacht werden können⁷⁸. So wird der Vermieter kaum einen Mieter annehmen, bei dem Anzeichen bestehen, dass er sich nicht an den Mietvertrag halten wird; dies, obwohl das Gesetz dem Vermieter Mittel zur Verfügung stellt, die Einhaltung des Vertrages zu erzwingen, bzw. Schadenersatz zu verlangen. Erhält nun der Vermieter einen Untermieter, bei dem zum vornherein erkennbar ist, dass er nicht beabsichtigt, sich in Zukunft an den Mietvertrag zu halten, so ist das m.E. eine nachteilige Veränderung für den Vermieter. Ein Indiz für ein solches Ver-

⁷⁴ Sem.jud. 35 (1913) 354 ff.

⁷⁵ Vgl. vorn 1.121.333.1.

⁷⁶ Vgl. dazu ZR 52 (1953) 114, wonach es keine Verletzung der Standespflicht der Anwälte ist, wenn ein Anwalt einen Geschäftsmann in Untermiete nimmt.

⁷⁷ Brunner, 462.

⁷⁸ Z.B. kein vorzeitiger Auszug oder rechtzeitige Räumung des Mietobjektes nach Ablauf des Mietvertrages.

halten kann z.B. sein, wenn der Mieter dem Untermieter ein längeres Gebrauchsrecht einräumt, als ihm selber zusteht^{79 80}.

1.122 Vertragliche Einschränkungen

1.122.0 Rechtsnatur von Art. 264 Abs. 1 OR

Kann die Zulässigkeit der Untermiete vertraglich ausgeschlossen werden?

Die Regelung von Art. 264 Abs. 1 OR ist im Gesetz nicht ausdrücklich als unänderlich bezeichnet. Zwingender Charakter könnte ihr somit höchstens dann zukommen, wenn eine abweichende Regelung gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit verstossen würde⁸¹, denn innerhalb dieser Schranken sind die Parteien in der fraglichen Ausgestaltung ihrer Beziehungen frei⁸².

Bei der Wohnungsmiete ist auch die persönliche Seite des Mietverhältnisses zu berücksichtigen⁸³. Für den Vermieter sind die persönlichen Eigenschaften des Mieters vielfach von ausschlaggebender Bedeutung. Der Mieter hat stets die Möglichkeit, die persönlichen Beziehungen zu beenden, indem er auszieht und lediglich den Mietzins weiter bezahlt. Dieser Ausweg steht dem Vermieter nicht offen. Solange die persönlichen Beziehungen nicht derart getrübt sind, dass er ihretwegen einen wichtigen Grund zur Aufhebung des Mietvertrages hat, kann er vom Mieter gezwungen werden, ihn in der Wohnung zu belassen⁸⁴. Es ist daher für den Vermieter von entscheidender Bedeutung, frei darüber entscheiden zu können, ob er einen Mieter annehmen will oder nicht. Wenn er sich durch den vertraglichen Ausschluss der Untermiete bzw. der Abtretung der Miete gegen die Gefahr schützt, infolge der vom Gesetz eingeräumten Möglichkeit zur einseitigen Verfügung über das Gebrauchsrecht, einen Untermieter bzw. einen Mieter aufgedrängt zu erhalten, den er sonst aus persönlichen Gründen als Vertragskontrahenten abgelehnt hätte, so handelt er in der Wahrung eines durchaus schutzwürdigen Interesses. Dieses ist dem vom Gesetzgeber in Art. 264 Abs. 1 OR allein berücksichtigten wirtschaftlichen Interesse des Mieters gleichwertig, ja kann ihm sogar überlegen sein^{85 86}. Ist der

⁷⁹ In diesem einschränkenden Sinne kann der Auffassung Osers/Schönenbergers (Art. 264 N 6) zugestimmt werden, die generell die zeitlich weitergehende Untermiete als unzulässig betrachten.

⁸⁰ Vgl. auch vorn. 1.121.333.10 bei FN 49.

⁸¹ Art. 19 Abs. 2 OR, Art. 27 Abs. 2 ZGB.

⁸² Art. 19 Abs. 1 OR.

⁸³ Vgl. vorn 1.120.

⁸⁴ A.M. Keller (70), der die Interessen des Vermieters an einem Verbot der Untermiete lediglich in der grösseren Reparaturbedürftigkeit der Liegenschaft und der Kontrolle und Übersicht, wer im Eigentum des Vermieters ein- und ausgeht, sieht.

⁸⁵ BGE 67 II 140.

⁸⁶ Vgl. auch vorn 1.11.

Mietzins vom Umsatz des Mieters abhängig, so ist eine vertragliche Einschränkung der Zulässigkeit der Untermiete auch aus wirtschaftlichen Gründen des Vermieters gerechtfertigt, weil der Umsatz und damit die Einnahmen des Vermieters stark von der Person des Geschäftsführers abhängen⁸⁷.

Ein vertragliches Verbot der Untermiete verstösst somit weder gegen die guten Sitten, noch die öffentliche Ordnung, noch das Recht der Persönlichkeit. Damit steht fest, dass die Zulässigkeit der Untermiete vertraglich von den Parteien ausgeschlossen werden kann⁸⁸. Dies entspricht der ständigen, von der überwiegenden Literatur⁸⁹ anerkannten Praxis^{90 91}.

Anderer Ansicht ist Keller⁹², der ein absolutes vertragliches Verbot der Untermiete als gegen die guten Sitten verstossend bezeichnet und dies mit der Tendenz zum vermehrten Sozialschutz des Mieters begründet. Unsittlich kann ein Vertrag sein, welcher die Freiheit der einen Partei übermässig beschränkt⁹³. Es kann nun aber nicht nur aus dem vertraglichen Ausschluss der Untermiete hergeleitet werden, dass die Freiheit des Mieters übermässig beschränkt werde, da mit jeder Übernahme einer Verpflichtung eine Beschränkung verbunden ist⁹⁴ und diese Beschränkung in einem durchaus schützenswerten Interesse des Vermieters sein kann⁹⁵. Allenfalls liesse sich ein Einzelfall denken⁹⁶, bei dem die Verbotsklausel als gegen die guten Sitten verstossend bezeichnet werden müsste. Aber eine solche Verbotsklausel generell als gegen die guten Sitten verstossend zu bezeichnen, ist m.E. unrichtig.

Kaiser sieht in Art. 264 OR eine sozialpolitisch bedeutende Bestimmung. Solche sollten ihrer Ansicht nach immer zwingendes Recht sein⁹⁷; eine Forderung, die aber nur de lege ferenda berücksichtigt werden kann⁹⁸.

⁸⁷ BGE 54 II 398.

⁸⁸ Daran ändert auch der BMM nichts (Raissig, 14).

⁸⁹ Becker, Art. 264 N 4.

Oser/Schönenberger, Art. 264 N 9.

Schönenberger/Schmid Art. 264 N 10.

Brunner, 472.

Engel, 85.

Rosin, 13, mit Hinweis auf das Römische Recht.

⁹⁰ Statt vieler Sem.jud. 97 (1975) 181 ff.

BGE 67 II 139.

Sem.jud. 34 (1912) 327.

SJZ 6 (1909/10) 142.

⁹¹ Keller (68) mit Hinweis auf die Materialien ist persönlich anderer Ansicht (vgl. nächsten Abschnitt).

⁹² Keller, 68 ff.

⁹³ Badertscher, 199 mit Hinweisen.

⁹⁴ BGE 53 II 320.

⁹⁵ BGE 67 II 141.

⁹⁶ Z.B. bei einem überaus langen und unkündbaren Mietvertrag über eine Geschäftsliegenschaft.

⁹⁷ Kaiser, 36 f. und 119.

⁹⁸ Der Vorentwurf kommt der Forderung Kaisers teilweise entgegen; das Recht unterzuvermieten soll für die Geschäftsmiete vertraglich nicht mehr wegbedungen werden können (Art. 274 und 274 a Vorentwurf). Damit soll praktischen Bedürfnissen bei der Vermietung von Ladenflächen, z.B. in Einkaufszentren, Rechnung getragen werden (Begleitbericht zum Vorentwurf, 30). Die Unterscheidung zwischen Miete von Wohnungen und Geschäfts-

Den Parteien ist es somit nach geltendem Recht freigestellt, das gesetzliche Recht des Mieters in bezug auf die Untermiete einzuschränken. Nach dem Grundsatz in *majoris minus* können sie ein absolutes Verbot der Untermiete vereinbaren oder die Zulässigkeit der Untermiete an Bedingungen oder Auflagen knüpfen⁹⁹. Die Ermächtigung zur Untervermietung kann auch durch eine stillschweigende Abmachung beschränkt sein, so z.B., wenn die Parteien die Untervermietung gänzlich (z.B. bei der Miete eines Pferdes)¹⁰⁰ oder nur an bestimmte Drittpersonen ausschliessen wollten¹⁰¹.

1.122.1 Absolutes Verbot

1.122.10 Allgemein

Wird im Mietvertrag die Untermiete ganz ausgeschlossen, so hat der Vermieter zum vornherein mit dem Mieter vereinbart, dass die Untermiete nicht zum hauptmietvertragsgemässen Gebrauch gehört.

1.122.11 Umfang

Die Ansicht, dass generell jede Gebrauchsüberlassung auch unter einem anderen Rechtstitel unter das Verbot der Untermiete fallen soll¹⁰², ist m.E. unzutreffend, da damit vom Einzelnen auf das Ganze geschlossen wird, was nach den Regeln der Logik nicht zulässig ist¹⁰³. Dies steht auch im Widerspruch zur Theorie, wonach

räumen bezüglich der Zulässigkeit der Untermiete scheint mir den Umständen entsprechend und sinnvoll. Bei der Wohnungsmiete ist das wirtschaftliche Bedürfnis des Mieters nicht so bedeutend, insbesondere, da er sich auch anderweitig relativ leicht aus dem Mietvertrag lösen kann (vgl. vorn, 1.11, FN 5), weshalb die Interessen des Vermieters in den Vordergrund rücken. Bei der Geschäftsmiete spielen die wirtschaftlichen Interessen – sowohl des Mieters als auch des Vermieters – naturgemäss eine grössere Rolle. Für den Mieter hängt vielfach der Wert seines Geschäftes zum grossen Teil vom Mietvertrag ab. Kann er diesen Vertrag nicht weiterveraussern, sei es auf dem Weg der Untervermietung oder Abtretung oder Vertragsübertragung, so erleidet er, wenn er persönlich das Geschäft aufgibt, einen Schaden. Das soll nach dem Vorentwurf verhindert werden.

⁹⁹ Vgl. hinten 1.122.2.

¹⁰⁰ Schöenberger/Schmid, Art. 264 N 9.

¹⁰¹ ZBJV 82 (1946) 526: in diesem Fall vermietete der Mieter ein Chalet an den ursprünglichen Mieter weiter, dem vom Vermieter wegen Schwierigkeiten in der Abwicklung des Mietvertrages gekündigt worden war.

¹⁰² Becker, Art. 264 N 4.

Oser/Schöenberger (Art. 264 N 9) lassen leichte Zweifel an der Auffassung Beckers durchblicken.

¹⁰³ Fischel Johann, Logik, Ein Lehrbuch mit einem kurzen Abriss über Logistik, 2. Auflage, Graz 1952, 89 und 91.

der Gesetzestext solange anwendbar bleiben soll, als er nicht ausdrücklich ausgeschlossen werde¹⁰⁴ und Klauseln, die ein gesetzliches Recht einschränken, im Zweifel restriktiv auszulegen seien¹⁰⁵.

Da Vertrags- und Gesetzesumgehungen grundsätzlich unzulässig sind¹⁰⁶, schliesst Becker¹⁰⁷ zutreffend auch Umgehungsgeschäfte (wie Gebrauchsleihe und Gesellschaft) in das Untermietverbot ein¹⁰⁸.

Fraglich ist, inwieweit ein Abtretungsverbot auch für die Untermiete und umgekehrt gilt. Lanz¹⁰⁹ sieht in BGE 54 II 397/8 eine kühne richterliche Rechtsschöpfung, wenn das Bundesgericht den Grundsatz aufstelle, die Partei, welche sich darauf berufe, dass das Abtretungsverbot oder das Verbot der Untermiete restriktiv auszulegen sei, müsse dafür den Beweis erbringen, ansonsten angenommen werde, dass das Verbot allgemein für jede Art der Gebrauchsüberlassung der Mietsache gelte. M.E. missversteht hier Lanz das Bundesgericht, das zwar von einer Vermutung spricht, aber effektiv den konkreten Mietvertrag nach dem Vertrauensprinzip auslegt¹¹⁰.

Soweit der historische Parteiwille nicht feststellbar ist, ist der einzelne Mietvertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen¹¹¹. Vielfach wird dies zum Ergebnis führen, jede andere Gebrauchsüberlassung sei ebenfalls unzulässig¹¹²; es muss aber nicht unbedingt zu diesem Ergebnis kommen¹¹³.

1.122.12 Wirkungen

Wird die Untermiete durch den Mietvertrag ganz ausgeschlossen, so kann der Vermieter ohne Angabe von Gründen die Annahme eines Untermieters ablehnen¹¹⁴ oder von der Zahlung eines Sonderentgelts abhängig machen¹¹⁵; er ist ja auch nicht verpflichtet, eine Begründung zu geben, wenn er mit einem bestimmten

¹⁰⁴ BGE 38 II 154.

¹⁰⁵ Becker, Art. 264 N 4.

Sprenger, 62.

¹⁰⁶ Merz, Art. 2 N 88 – 94.

¹⁰⁷ Becker, Art. 264 N 4.

¹⁰⁸ A.M. Lanz (55), dessen unnötig harte Kritik an Beckers Meinung ("Die Argumentation ... geht völlig fehl") auf einer falschen Interpretation von Beckers Ansicht beruht.

¹⁰⁹ Lanz, 53 f.

¹¹⁰ Unglücklich in der Formulierung auch BGE 67 II 142 E. 2: "... ist daher anzunehmen, dass das vertragliche Verbot der Untermiete auch die Abtretung einschliesst, sofern sich nicht ein klarer gegenteiliger Wille der Kontrahenten ermitteln lässt."

¹¹¹ Merz, Art. 2 N 146.

¹¹² Z.B. BGE 67 II 139.

¹¹³ BGE 81 II 350.

Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 24 unter Hinweis auf Lanz (54).

¹¹⁴ SJK Nr. 361.

Sprenger, 62.

¹¹⁵ Brunner, 475.

Interessenten keinen Mietvertrag abschliessen will¹¹⁶. Die Durchsetzung eines absoluten vertraglichen Verbots ist in der Regel kein Rechtsmissbrauch und verstösst nicht gegen Treu und Glauben¹¹⁷.

Nach Lanz¹¹⁸ soll im Konkurs des Mieters das Gebrauchsüberlassungsverbot, also auch das Untermietverbot keine Gültigkeit haben. Er begründet dies mit den finanziellen Interessen der Gläubiger an einem Verkauf des gesamten Geschäftes¹¹⁹, die dem Interesse des Vermieters an der Durchsetzung des Gebrauchsüberlassungsverbots voringen. Er stützt seine Ansicht somit auf eine bei der Vertragsauslegung grundsätzlich unzulässige Interessenabwägung¹²⁰ und postuliert einen Eingriff des Richters¹²¹ in einen klaren Vertrag, gestützt auf eine Abwägung der Interessen des Vermieters und des Mieters, bzw. dessen Gläubiger. Bei der Auslegung von Rechtsgeschäften, bei denen sich der massgebende Wille eindeutig festlegen lässt, bleibt aber kein Raum für eine Korrektur, weder zur besseren Wahrung der Interessen einer Partei, noch für eine objektiv vernünftiger und angemessenere Lösung¹²². Lanz könnte nur zugestimmt werden, wenn man davon ausginge, die Parteien hätten bei Vertragsabschluss den Fall des Konkurses des Mieters nicht vor Augen gehabt und hätten, falls ihnen das Problem bewusst gewesen wäre, eine andere Regelung getroffen. Dies kann aber, zumindest generell, nicht angenommen werden, da keine Gründe ersichtlich sind, wieso ein am Untermietverbot interessierter Vermieter gerade für den Fall des Konkurses des Mieters eine Ausnahme gemacht hätte, wenn ihm das Problem beim Vertragsabschluss bekannt gewesen wäre.

1.122.13 Zustimmung des Vermieters trotz vertraglichem Verbot

Nichts hindert den Vermieter daran, die Zustimmung zur Untermiete zu erteilen, auch wenn sie im Vertrag ausdrücklich verboten ist¹²³. Wenn der Vermieter trotz ausdrücklichem Verbot während längerer Zeit die Untermiete duldet, so muss auf einen stillschweigenden Verzicht auf das Verbot der Untermiete, das heisst auf eine Abänderung des Mietvertrages geschlossen werden¹²⁴. Kein Verzicht gegenüber allen Mietern auf das schriftlich festgehaltene Untermietverbot

¹¹⁶ BGE 67 II 142.

¹¹⁷ RB Solothurn (1940) 128.

¹¹⁸ Lanz, 58.

¹¹⁹ Entgegen der Auffassung Lanz (58) dürfte in der Praxis allerdings kein Goodwill mehr realisiert werden können.

¹²⁰ Merz, Art. 2 N 121 und N 148.

¹²¹ Vgl. dazu Giger, Richterlicher Eingriff, 309 ff.

¹²² Merz, Art. 2 N 121.

¹²³ Sem.jud. 98 (1976) 543.

¹²⁴ Sem.jud. 89 (1967) 180.

Brunner, 472 ff.

Rüf, 68.

kann normalerweise in der Tatsache gesehen werden, dass fast alle Wohnungsmieter der gleichen Liegenschaft mit Wissen des Vermieters Zimmer untervermieten¹²⁵. Allerdings dürfte durch eine stillschweigende Duldung das Verbot nicht für immer hinfällig werden, vielmehr kann sich die stillschweigende Zulassung nur auf das betreffende Untermietverhältnis beziehen. Ob es sich auf weitere bezieht, ist eine Frage der Auslegung. Wird das Untermietsverhältnis aufgelöst, so hört auch die stillschweigende Duldung auf¹²⁶, und der Mieter ist nicht berechtigt, anstelle des ursprünglichen Untermieters einen andern aufzunehmen¹²⁷.

1.122.14 Widerruf der Zustimmung

Ist die Untermiete vertraglich gestattet, so kann der Vermieter dieses Recht selbstverständlich nicht einseitig widerrufen oder beschränken, denn es handelt sich nicht um eine einseitige, jederzeit widerrufbare Bewilligung, sondern um eine zweiseitige vertragliche Vereinbarung¹²⁸. Deshalb ist ein grosser Teil der Mietvertragsformulare so abgefasst, dass sich der Vermieter für den Fall der stillschweigenden Duldung den Widerruf (aus wichtigen Gründen) vorbehält¹²⁹. Ist jedoch die Erlaubnis zur Untermiete ausdrücklich nur auf Zusehen¹³⁰ hin oder unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs¹³¹ erteilt worden, so kann der Vermieter selbstverständlich davon Gebrauch machen. Der Vermieter darf diesen Widerruf aber nur so ausüben, dass der Mieter in der Lage ist, dem Untermieter auf den vertraglich oder gesetzlich in Frage kommenden nächsten Termin zu kündigen¹³², wobei m.E. eine überaus lange vertragliche Kündigungsfrist im Untermietvertrag nicht zu berücksichtigen wäre. Der Mieter wird dann dem Untermieter schadenersatzpflichtig, da er den Mietvertrag nicht erfüllen kann¹³³.

¹²⁵ Sem.jud. 79 (1957) 373.

¹²⁶ Maximen 7 (1924) 56 f.

¹²⁷ Brunner, 472.

¹²⁸ Maximen 9 (1946) 359.

Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 12.

¹²⁹ Z.B. Mietvertrag für Geschäftsräume, herausgegeben vom Kantonal-zürcherischen Hauseigentümer-Verband und dem Kant. Gewerbeverband Zürich, Ausgabe 61/74, Ziff. 18.2.

¹³⁰ Z.B. Mietvertrag des Glarner Hauseigentümerversandes, Ausgabe 1969, Ziff. 6.

¹³¹ Z.B. Mietvertrag, herausgegeben vom Kantonalverband Solothurnischer Hauseigentümerversände, Ausgabe 1979, Ziff. 6.2.

¹³² Brunner, 475.

Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 12.

¹³³ Rf., 68.

1.122.2 Beschränkte Zulässigkeit

1.122.20 Vorbemerkung

Sehr häufig wird in den Mietverträgen die Untermiete nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern von der Zustimmung des Vermieters abhängig gemacht¹³⁴. Es fragt sich nun, was eine entsprechende Vertragsklausel im Einzelfall bedeutet.

1.122.21 Rechtsprechung

Im Jahre 1912 hatte das Bundesgericht folgende Mietvertragsklausel zu interpretieren: "Le locataire pourra souslouer ou prêter tout ou partie des locaux loués, sous sa responsabilité et moyennant l'autorisation des régisseurs". Ausgehend vom Gesetzestext, der solange anwendbar bleibe, als er nicht ausdrücklich ausgeschlossen werde, stellte das Bundesgericht fest, dass der Vorbehalt der Zustimmung nicht einem absoluten Verbot gleichkomme. Der Sinn einer solchen Vertragsklausel sei der, dass der Vermieter zum voraus über die Sachlage orientiert werde und er vor erfolgter Untervermietung seine Kontrollrechte ausüben und einen allfälligen Schaden abwenden könne. Somit komme der Zustimmung, die der Mieter einholen müsse, nur Ordnungscharakter zu. Der Vertrag verpflichte den Mieter nur, allfällige Einwendungen des Vermieters vor der geplanten Untervermietung zu provozieren. Aber diese Einwendungen müssten, das ergäbe sich von selbst¹³⁵, motiviert und dürften nicht willkürlich sein¹³⁶.

In der Folge wurden sowohl vom Bundesgericht¹³⁷ als auch von den kantonalen Gerichten¹³⁸ sämtliche Mietvertragsklauseln, in denen sich der Vermieter die Zustimmung zur Untermiete vorbehielt, in dem Sinne interpretiert, dass der Vermieter die Zustimmung nicht grundlos verweigern dürfe. Ja selbst in einem Fall, bei dem die Untermiete nur mit Zustimmung des Vermieters gestattet war, und der Vermieter diese verweigern konnte "sans être tenu de donner une explication" verlangte das Bundesgericht vom Vermieter eine Begründung für dessen Verweigerung der Zustimmung zur Untermiete¹³⁹.

¹³⁴ Z.B. Basler Mietvertrag zwischen dem Hausbesitzer-Verein Basel und dem Mieterverband Basel vereinbarte Fassung, Ausgabe 1980, § 9 Ziff. 1.

¹³⁵ M.E. ergibt sich das im konkreten Fall aus Art. 264 Abs. 1 OR, wonach für den Vermieter keine nachteilige Veränderung entstehen darf.

¹³⁶ BGE 38 II 154.

¹³⁷ BGE 93 II 458.

Sem.jud. 97 (1975) 185 f.

Sem.jud. 72 (1950) 534.

¹³⁸ Statt vieler

Sem.jud. 89 (1967) 180.

Entsch. AppGer BS 9 (1946 – 1952) 193.

SJZ 22 (1925/26) 264.

¹³⁹ Sem.jud. 72 (1950) 534.

Differenzierter wurde im Jahre 1918 von der Cour de justice civile de Genève vorgegangen. Danach soll die Mietvertragsklausel “que le preneur pourra souslouer moyennant l'autorisation du bailleur” dem Vermieter lediglich ein vorgängiges Kontrollrecht über die vorgeschlagenen Untermieter einräumen, hingegen die Klausel “que le preneur ne pourra souslouer sans l'autorisation du bailleur” Art. 264 Abs. 1 OR derogieren und den Vermieter berechtigen, die Zustimmung grundlos zu verweigern¹⁴⁰.

1.122.22 *Literatur*

Die vom Bundesgericht geschaffene und von den kantonalen Gerichten übernommene Auslegungsregel findet in der Literatur einhellige Zustimmung¹⁴¹.

1.122.23 *Lösungsvorschlag*

1.122.231 *Auslegung von Vertragsklauseln*

Bei der Auslegung einer vertraglichen Bestimmung ist vom übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen auszugehen. Ist ein solcher nicht feststellbar, sind die Willensäußerungen beider Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen¹⁴². Nach diesem Prinzip ist für die Auslegung weder der subjektive Wille des Erklärenden noch das subjektive Verständnis des Adressaten massgebend, sondern der unter Beachtung der individuellen Umstände nach objektiven Gesichtspunkten ermittelte Gehalt der Erklärung. Das Vertrauensprinzip verlangt, dass zur Auslegung nicht nur der Wortlaut einer Willenserklärung beachtet wird, sondern die Gesamtheit der konkreten Verhältnisse und Begleiterscheinungen. Jeder Vertrag ist demzufolge unter Berücksichtigung seiner besonderen Umstände auszulegen¹⁴³.

1.122.232 *BGE 38 II 153*

BGE 38 II 153 interpretierte die Mietvertragsklausel¹⁴⁴ zweifelsohne richtig nach dem Vertrauensprinzip, denn dort wurde ausdrücklich das Recht zur Untermiete statuiert und gleichzeitig die Einholung der Zustimmung des Vermieters verlangt.

¹⁴⁰ Sem.jud. 40 (1918) 379 f.

¹⁴¹ Vgl. z.B. die Kommentatoren:

Becker, Art. 264 N 4.

Oser/Schönenberger, Art. 264 N 9.

Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 12.

¹⁴² Dazu ausführlich Merz, Art. 2 N 146 ff.

¹⁴³ Formulierung übernommen von Bauer, 49 f. mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁴⁴ Vgl. vorn 1.122.21 vor FN 135.

In dem Sinne war die Klausel auf den ersten Blick widersprüchlich, denn es kann nicht etwas grundsätzlich erlaubt sein und trotzdem von einer nachträglichen Zustimmung abhängig gemacht werden. Diesen Widerspruch löste das Bundesgericht, indem es m.E. zu Recht das Vertrauen des Mieters in die Zulässigkeit der Untermiete schützte und den zweiten Teil der Vertragsklausel nur als Ordnungsvorschrift taxierte, in dem Sinne, dass der Mieter allfällige Einwendungen des Vermieters wegen nachteiliger Veränderungen vorgängig provozieren sollte.

1.122.233 Übrige Rechtsprechung

In den übrigen publizierten Entscheiden bleiben – soweit überhaupt überprüfbar – die besonderen Verhältnisse praktisch unberücksichtigt. Die entsprechenden Vertragsklauseln werden schematisch so interpretiert, dass, falls Art. 264 Abs. 1 OR nicht ausdrücklich derogiert werde, das heisst praktisch ein absolutes Verbot der Untermiete statuiert werde, der Vermieter die Zustimmung nicht ohne Begründung verweigern dürfe, wobei immer wieder auf BGE 38 II 153 verwiesen wird. Diese Übertragung der Interpretation einer Vertragsklausel ist m.E. unzutreffend. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip – wie in BGE 38 II 153 vorgenommen – ist nur dann zulässig, wenn sich kein übereinstimmender historischer Wille feststellen lässt¹⁴⁵. Es mag auch noch in jenen Fällen angehen, wo die Untermiete direkt abhängig ist von der Zustimmung des Vermieters, eine Begründung für die Verweigerung zu verlangen, da in diesem Zustimmungsvorbehalt auch das grundsätzliche Einverständnis zur Untermiete erblickt werden kann. Nicht mehr im Rahmen der Vertragsauslegung bewegt sich allerdings das Bundesgericht, wenn es die Verweigerung der Zustimmung von Gründen abhängig macht, selbst wenn sich der Vermieter die Verweigerung vorbehalten hat “sans être tenu de donner une explication”. Mit einer solchen Klausel wollte doch der Vermieter nichts anderes sagen, als dass er im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Untermiete noch nicht generell ausschliessen, sich aber diesen Entscheid vertraglich vorbehalten wolle, um sofern notwendig in einem späteren Zeitpunkt nach Belieben darüber entscheiden zu können. Der Mieter konnte auch nach dem Vertrauensprinzip diese Klausel nicht anders verstehen¹⁴⁶.

Es ist zuzugeben, dass in diesem Fall, wie übrigens auch in andern, ein Untermietverbot nicht besonders sinnvoll erschien, ebensowenig die Verweigerung der Zustimmung des Vermieters. Aufgabe des Gerichtes ist es aber nicht, sinnlose

¹⁴⁵ M.E. ist es schon aus grundsätzlichen Überlegungen problematisch, die Auslegung einer Vertragsklausel auf eine andere zu übertragen, auch wenn sie völlig gleich lautet, da damit die besonderen Umstände nicht mehr berücksichtigt werden.

¹⁴⁶ Nicht direkt vergleichbar ist dieser Fall mit dem Ausschluss aus dem Verein ohne Angabe von Gründen (Badertscher, 166; Merz, Art. 2 N 330), da dort ein bestehender Rechtsanspruch vernichtet wird, hier aber die Entstehung eines solchen verhindert wird.

Vertragsklauseln in vernünftige umzuinterpretieren, sondern den wirklichen Parteiwillen festzustellen, der eben vielfach nicht vernünftig ist.

Fraglich kann lediglich sein, ob das Verhalten eines Vermieters in einem solchen Fall rechtsmissbräuchlich¹⁴⁷ ist. Generell kann diese Frage nicht entschieden werden, und da sich den kritisierten Entscheiden keine Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch entnehmen lassen, können sie diesbezüglich auch nicht überprüft werden.

Wenn die Gerichte aus sozialpolitischen Erwägungen in dieser Frage vielfach (m.E. zu Unrecht) zugunsten des Mieters entschieden haben, darf nicht übersehen werden, dass dies den Mietern nur kurzfristig Nutzen gebracht hat. Langfristig aber hat es ihnen höchstens geschadet, denn im Hinblick auf die Rechtsprechung wurden die Mietvertragsformulare, die eine sehr weite Verbreitung haben, entsprechend abgefasst. So ist in der Regel die Untermiete untersagt und für eine allfällige stillschweigende Duldung behält sich der Vermieter das Widerrufsrecht vor¹⁴⁸. Dem Mieter wäre mehr gedient, wenn sich der Vermieter die Erlaubnis generell vorbehielte, statt die Untermiete von Anfang an zu verbieten.

1.122.234 Keine generelle Lösungsmöglichkeit

Eine allgemeine Lösung, zu welchem Resultat die Auslegung einer solchen Klausel zu führen hat, lässt sich nicht aufstellen. Es lässt sich lediglich sagen, dass solche Vertragsbestimmungen gemäss den vom Gesetzgeber aufgestellten Regeln auszulegen sind, d.h. sofern sich kein übereinstimmender innerer Wille feststellen lässt¹⁴⁹, ist eine solche Vertragsklausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Da dabei die besonderen Umstände zu berücksichtigen sind, diese aber immer verschieden sind (z.B. Beruf der Partei¹⁵⁰), kann ein und dieselbe Klausel in verschiedenen Fällen verschieden ausgelegt werden. Dies ist allerdings nur dann möglich, wenn eine Vertragsklausel auslegungsbedürftig ist. Ist der Wortlaut klar, wie z.B. wenn die Untermiete nur mit Zustimmung des Vermieters gestattet ist und diese, "sans être tenu de donner une explication", verweigert werden kann¹⁵¹, bleibt m.E. kein Raum für eine Interpretation, die entgegen dem klaren Wortlaut eine Begründung vom Vermieter verlangt.

¹⁴⁷ Art. 2 Abs. 2 ZGB.

¹⁴⁸ So z.B. Mietvertrag, herausgegeben vom Hauseigentümer-Verband und Mieterverein der Stadt St. Gallen, Ausgabe 1980, Ziff. 12.

¹⁴⁹ BGE 106 II 230.

¹⁵⁰ Sem.jud. 97 (1975) 185.

¹⁵¹ Sem.jud. 72 (1950) 534.

1.122.24 Begründung

1.122.240 Fragestellung

Es fragt sich, welche Art von Gründen der Vermieter geltend machen muss, um die Zustimmung zur Untervermietung berechtigterweise verweigern zu können.

1.122.241 Rechtsprechung

Der Vermieter darf die Zustimmung nur verweigern bei Vorliegen von Gründen, die mit dem Mietverhältnis in Zusammenhang stehen¹⁵², von ausreichenden Gründen¹⁵³, von ernsthaften¹⁵⁴, guten und wichtigen¹⁵⁵ Gründen, von Gründen, die die Befürchtung des Vermieters vor präjudiziellen nachteiligen Veränderungen rechtfertigen¹⁵⁶ und von Gründen, die der Regel von Treu und Glauben nicht widersprechen¹⁵⁷.

Bereits aus diesen Umschreibungen der Anforderungen an die Begründung des Vermieters ist ersichtlich, dass eine allgemeine Umschreibung schwierig zu finden ist.

1.122.242 Literatur

Becker verlangt vom Vermieter für die Verweigerung der Zustimmung zur Untermiete triftige Gründe¹⁵⁸, Oser/Schönenberger setzen eine begründete Befürchtung nachteiliger Änderung oder andere ernsthafte Gründe¹⁵⁹ und Schönenberger/Schmid ernstliche Gründe¹⁶⁰ voraus. Sprenger will nur sachbezogene Gründe gelten lassen¹⁶¹. Nach Reymond darf der Vermieter die Zustimmung nicht willkürlich verweigern¹⁶². Die Literatur bringt also keine zusätzlichen Erkenntnisse.

¹⁵² Sem.jud. 72 (1950) 533.

¹⁵³ Entsch. AppGer BS 9 (1946 – 1952) 193.

¹⁵⁴ BGE 93 II 453.

¹⁵⁵ Sem.jud. 90 (1968) 597.

¹⁵⁶ Sem.jud. 89 (1967) 182.

¹⁵⁷ SJZ 22 (1925/26) 264.

¹⁵⁸ Becker, Art. 264 N 4 mit Hinweis auf BGE 38 II 154, SJZ 16 (1919/20) 142, SJZ 15 (1918/19) 87.
Gl.M. Rf. 67.

¹⁵⁹ Oser/Schönenberger, Art. 264 N 9 mit den gleichen Hinweisen wie Becker und zusätzlich SJZ 22 (1925/26) 264.

¹⁶⁰ Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 12 mit Hinweis auf BGE 38 II 154, BGE 93 II 457/8, Sem.jud. 72 (1950) 533.

¹⁶¹ Sprenger, 62.

¹⁶² Reymond, 236 mit Hinweis auf BGE 38 II 157.
Sem.jud. 72 (1950) 533.

1.122.243 Lösungsvorschlag

Im Grunde genommen heissen die verschiedenen Umschreibungen von Gründen nichts anderes, als dass für den Vermieter keine nachteilige Veränderung durch die Untermiete entstehen dürfe. Ist eine solche vorauszusehen, ist der Vermieter berechtigt, seine Zustimmung zu verweigern.

Der Unterschied zwischen der gesetzlichen Lösung¹⁶³ und der vertraglichen Einschränkung besteht eben lediglich darin, dass dem Vermieter bei der vertraglichen Lösung ein vorgängiges Kontrollrecht zusteht¹⁶⁴. Die beiden Varianten unterscheiden sich somit nur formell- und nicht materiellrechtlich.

Solange der Mieter sich an die Vertragsbestimmung hält, die das vorgängige Kontrollrecht des Vermieters statuiert, besteht der Vorteil für den Vermieter in der vorgängigen Orientierung. Dann kann er allenfalls den Übergang des Besitzes an den Untermieter verhindern¹⁶⁵. Hält sich hingegen der Mieter nicht daran und vermietet das Mietobjekt, ohne vorher die Zustimmung beim Vermieter einzuholen, wird die Klausel praktisch bedeutungslos, da das Bundesgericht ihr nur den Charakter einer Formvorschrift einräumt¹⁶⁶. Das heisst, die Verletzung der Ordnungsvorschrift allein berechtigt den Vermieter noch nicht, gegen den Mieter Sanktionen zu ergreifen. Insbesondere wenn er gegen die Untermiete keinen berechtigten Einspruch erheben kann, liegt kein wichtiger Grund vor, der ihn zur Kündigung gemäss Art. 269 OR ermächtigen würde¹⁶⁷.

Das Bundesgericht prüfte somit – ähnlich dem Baubewilligungsverfahren¹⁶⁸ – obwohl im Zeitpunkt der Untervermietung die vertraglich vorbehaltene Zustimmung des Vermieters nicht vorlag, gleichwohl, ob der Mieter im konkreten Fall zur Untervermietung berechtigt war. Wird im nachhinein festgestellt, dass er zur Untervermietung berechtigt war, so wird zwar eine Verletzung des Mietvertrages festgestellt, die aber ohne Folgen bleibt^{169 170}.

M.E. liegt aber bei mehrmaliger Verletzung der formellen Vorschrift durch den Mieter ein Fall von Art. 261 Abs. 1 OR vor; das heisst, wenn der Vermieter den

¹⁶³ Art. 264 Abs. 1 OR.

Vgl. dazu vorn 1.121.

¹⁶⁴ Sem.jud. 40 (1918) 377.

¹⁶⁵ Vgl. hinten 1.2.

¹⁶⁶ BGE 38 II 154.

¹⁶⁷ Sem.jud. 97 (1975) 186.

¹⁶⁸ Wird eine baubewilligungspflichtige Baute ohne Baubewilligung oder nicht entsprechend der Baubewilligung errichtet, ist zu prüfen, ob dem Bauherrn die Bewilligung nachträglich erteilt werden kann (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau in Sachen Stocker, vom 30. März 1981). Das widerrechtliche Verhalten des Bauherrn bleibt also, abgesehen von allfällig strafrechtlichen Sanktionen, ohne Folgen, wenn er baurechtskonform gebaut hat.

¹⁶⁹ Sem.jud. 97 (1975) 186.

Entsch. AppGer BS 9 (1946 – 1952) 193 f.

Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 14.

¹⁷⁰ A.M. BGE 54 II 398: In diesem Fall lag aber gleichzeitig eine nachteilige Veränderung für den Vermieter vor, so dass die formelle Verletzung des Mietvertrages nicht näher geprüft wurde.

Mieter ergebnislos gemahnt hat, kann er die sofortige Auflösung des Mietvertrages nebst Schadenersatz verlangen.

Hat der Mieter materiell zu Unrecht untervermietet, so kann der Vermieter sowohl gegen den Mieter als auch gegen den Untermieter vorgehen¹⁷¹.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Vermieter eine Klausel, die die Untervermietung von seiner Zustimmung abhängig macht, nicht viel nützt, wenn sich der Mieter nicht freiwillig daran hält; jedenfalls hat er keine bessere Position, als ihm das Gesetz¹⁷² einräumt.

1.122.25 *Folgen der unzulässigen Verweigerung der Zustimmung*

Verweigert der Vermieter zu Unrecht dem Mieter die Zustimmung zur Untermiete, schränkt er dessen Gebrauchsrecht ein. Der Vermieter weigert sich somit, seinen Pflichten aus dem Mietvertrag nachzukommen. Der Mieter – und nicht etwa der Untermieter – kann ihn in Verzug setzen und nach den Regeln über den Schuldnerverzug^{173 174} vorgehen, also gegen den Vermieter auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, oder, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens¹⁷⁵ verlangen oder vom Vertrage zurücktreten^{176 177}.

1.122.26 *Folgen der zulässigen Verweigerung der Zustimmung*

Verweigert der Vermieter zwar zu Recht seine Zustimmung, aber im vorprozessualen Stadium ohne Angabe der genügenden Gründe, ist es m.E. zulässig, dass er im Prozess diese Gründe trotzdem noch vorbringen kann, denn es gibt keine Vorschrift, die den Prozessstoff auf den der Gegenpartei vorprozessual bekannten Sachverhalt beschränkt¹⁷⁸.

¹⁷¹ Näheres dazu hinten 1.2.

¹⁷² Art. 264 Abs. 1 OR.

¹⁷³ Art. 102 ff. OR.

¹⁷⁴ A.M. Schmid (85 f.), der unterscheidet, je nachdem, ob es sich bei der Duldungspflicht des Vermieters im konkreten Mietvertrag um eine Haupt- oder Nebenpflicht handelt. M.E. handelt es sich dabei aber immer um eine Hauptpflicht, da die Untermiete ein Bestandteil des Gebrauchsrechts des Mieters ist.

¹⁷⁵ BGE 93 II 457 f.

¹⁷⁶ Art. 107 Abs. 2 OR.

¹⁷⁷ BGE 38 II 154 f.

¹⁷⁸ A.M. Rosin (23 ff.), der ein solches Verhalten des Vermieters als gegen die guten Sitten verstossend und deshalb nicht beachtenswert bezeichnet.

Bei der Verteilung der Prozesskosten kann, sofern es die entsprechende Zivilprozessordnung zulässt¹⁷⁹, das Verhalten des Vermieters gewürdigt werden und ihm trotz Obsiegen ein Teil der Kosten auferlegt werden.

1.123 Beweislast

1.123.0 Vorbemerkung

Es fragt sich, wer bei der gesetzlichen¹⁸⁰ und wer bei der vertraglichen¹⁸¹ Einschränkung das (Nicht-)Vorhandensein der nachteiligen Veränderung für den Vermieter beweisen muss, bzw. wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Dies kann von entscheidender Bedeutung sein, da sich der Nachteil, bzw. dessen Nichtvorhandensein – wenn überhaupt – häufig nur mit Schwierigkeiten nachweisen lässt, insbesondere wenn der umstrittene Nachteil in der Person des Untermieters¹⁸² behauptet wird.

1.123.1 Bei der gesetzlichen Lösung

Das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache hat derjenige zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet¹⁸³. Wer ein Recht beansprucht, muss die rechtserzeugenden Tatsachen beweisen¹⁸⁴. Will der Mieter das Mietobjekt weitervermieten, so beansprucht er ein Recht und hat somit die tatbeständliche Voraussetzung, dass für den Vermieter keine nachteilige Veränderung entsteht¹⁸⁵ zu beweisen. Die Beweislast trifft somit grundsätzlich den Mieter.

Unbestimmte Negativa, wie die Voraussetzung, dass für den Vermieter keine nachteilige Veränderung entsteht, entziehen sich aber praktisch oft jedem Beweis. Nach Kummer kann in diesen Fällen eine Umkehr der Beweislast helfen, sofern sie durch das Gesetz nicht ausgeschlossen und für den Gegner zumutbar ist¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Z.B. § 54 lit. c ZPO Aargau: "In folgenden Fällen kann der Richter die Kosten des Rechtsstreites wett schlagen oder verhältnismässig teilen: ... c) wenn die unterliegende Partei die Tatsache, die den Grund des Urteils ausmacht, nicht kannte, und zu kennen nicht verbunden war."

¹⁸⁰ Vgl. vorn 1.121.

¹⁸¹ Vgl. vorn 1.122.

¹⁸² Vgl. vorn 1.121.333.2.

¹⁸³ Art. 8 ZGB.

¹⁸⁴ BGE 85 II 387.

Kummer, Art. 8 N 146.

¹⁸⁵ Es handelt sich um eine negativ rechtsbegründende Tatsache; vgl. dazu von Greyerz, 36 f.

¹⁸⁶ Kummer, Art. 8 N 196.

von Greyerz (42), der die Beweislastumkehr von folgenden drei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, abhängig macht: "Der Negativenbeweis muss unmöglich oder sehr schwierig sein. Die neue Beweislastverteilung darf nicht unbillig sein. Sie muss mit Sinn und Wortlaut des Gesetzes vereinbar sein."

Zumutbar und billig ist die Beweislastumkehr nur dann, wenn der Beweisgegner von den massgebenden Tatsachen Kenntnis hat, bzw. haben muss^{187 188 189}. Bei der gesetzlichen Lösung ist es für den Vermieter nicht möglich, vorgängig über den Untermieter und damit über die Folgen der Untermiete Kenntnisse zu haben. Vielmehr ist der Mieter der Vertragspartner des Untermieters und sollte über die entsprechenden Kenntnisse verfügen.

Ist wie hier der Negativenbeweis in der Regel leichter zu führen als der Nachweis des Gegenteils, so ist eine Beweislastumkehr für den Beweisgegner weder zumutbar noch billig¹⁹⁰. Ein allfälliger Beweisnotstand des Mieters wird durch die Mitwirkungspflicht des Beweisgegners (Vermieters) an der Abklärung des Sachverhalts wesentlich gemildert¹⁹¹.

1.123.2 Bei der vertraglichen Lösung

Es fragt sich, ob die nach Gesetz¹⁹² rechtsbegründende negative Tatsache – “dass dadurch nicht eine für den Vermieter nachteilige Veränderung bewirkt wird” – durch Vertrag zu einer rechtshindernden positiven Tatsache gemacht werden kann. Grundsätzlich sind Beweislastverträge zulässig¹⁹³. Ist zwischen Vermieter und Mieter vereinbart, dass die Untermiete mit Zustimmung des Vermieters zulässig sei und der Vermieter diese nur aus wichtigen Gründen verweigern dürfe, so wird der wichtige Grund durch den Mietvertrag zur rechtshindernden positiven Tatsache, die vom Vermieter zu beweisen ist. Lautet die Mietvertragsklausel allerdings so, dass die Untermiete ohne Zustimmung des Vermieters nicht zulässig sein soll, sofern sie nicht überhaupt grundlos verweigert werden darf¹⁹⁴, bleibt es m.E. dabei, dass das Nichtvorhandensein der nachteiligen Veränderung vom Mieter nachzuweisen ist, da es sich um eine rechtsbegründende negative Tatsache handelt^{195 196}.

¹⁸⁷ von Greyerz, 45.

¹⁸⁸ A.M. BGE 39 II 705, der vom heute überholten Grundsatz, dass Negatives nicht zu beweisen sei, ausgeht.

¹⁸⁹ A.M. RUF (67) und Sprenger (63), beide ohne Begründung.

¹⁹⁰ von Greyerz, 45.

¹⁹¹ Näheres dazu bei von Greyerz, 51 ff.

¹⁹² Art. 264 Abs. 1 OR.

¹⁹³ Kritisch Kummer, Art. 8 N 375 mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁹⁴ Vgl. vorn 1.122.234 bei FN 151.

¹⁹⁵ von Greyerz, 36.

¹⁹⁶ A.M. ohne Begründung Sprenger, 63.

1.2 Exkurs: Folgen der unzulässigen Untermiete

1.20 Vorbemerkung

In diesem Abschnitt ist nur die Rede von der materiell unzulässigen Untermiete. Die lediglich formell unzulässige Untermiete ist wie vorn dargelegt in der Regel folgenlos¹⁹⁷.

Die Gültigkeit des Untermietvertrages ist unabhängig von der Zulässigkeit der Untermiete¹⁹⁸, da ein vertragliches Verbot für die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR nicht genügt¹⁹⁹.

Grundsätzlich stehen dem Vermieter bei verbotener Untermiete drei Möglichkeiten zur Verfügung. Er kann seine Rechte aus dem Mietvertrag²⁰⁰, als Besitzer²⁰¹ und als Eigentümer²⁰² geltend machen. Strafrechtlich besteht kein Schutz²⁰³.

1.21 Rechte des Vermieters aus Vertrag

Lässt der Mieter unzulässigerweise den Untermieter in das Mietobjekt einziehen oder übergibt er ihm das bewegliche Mietobjekt, so überschreitet er sein ihm durch den Mietvertrag eingeräumtes Gebrauchsrecht und verletzt damit den Mietvertrag. Entgegen dem Wortlaut von Randtitel und Art. 261 Abs. 1 OR hat die Rechtsprechung seit jeher den zweiten Absatz auch auf den vertragswidrigen Gebrauch angewendet²⁰⁴. Dies entspricht auch der Rechtsprechung zu den Folgen der verbotenen Untermiete, wonach der Vermieter berechtigt ist, den Mieter anzuhalten, die Rückgabe des Mietobjektes vom Untermieter zu erwirken²⁰⁵ und falls diese innert angesetzter Frist nicht erfolgt, den Mietvertrag aufzulösen und Schaden-

¹⁹⁷ Vorn 1.122.243.

¹⁹⁸ Rosin, 17.

¹⁹⁹ von Büren, 103 FN 117.

von Tuhr/Peter, 252 bei FN 26.

Gl. Meinung Heuberger (117), der zwar unglücklich formuliert, eine verbotene Untermiete sei ungültig und unwirksam und der Dritte erwerbe keine Rechte gegen den Vermieter.

²⁰⁰ Vgl. hinten 1.21.

²⁰¹ Vgl. hinten 1.22.

²⁰² Vgl. hinten 1.23.

Zur Durchsetzung des Untermietverbotes ist auch der Käufer einer Liegenschaft berechtigt, der die Mietverträge nicht übernommen hat (Art. 259 Abs. 1 und 2 OR), da er sich nur den Gebrauch, den der ursprüngliche Eigentümer mit dem Mieter vereinbart hatte, gefallen lassen muss (ZR 15 (1916) 78).

²⁰³ Vgl. hinten 1.24.

²⁰⁴ Schönenberger/Schmid, Art. 261 N 1 mit Hinweis auf Brunner (372/3) und Sprenger (56 ff.).

²⁰⁵ SJZ 55 (1959) 89 f.

ersatz zu verlangen^{206 207 208 209}. Der Vermieter ist aber nicht auf den Rücktritt vom Vertrag beschränkt, er kann auch auf ordentliche Erfüllung²¹⁰ nebst Schadenersatz²¹¹ klagen²¹².

Unzutreffend ist m.E. die Auffassung, der Vermieter könne dem Untermieter gestützt auf Art. 82 OR den Einzug verwehren, sofern der Mieter noch nicht im Mietbesitz sei²¹³, da die Überschreitung des Gebrauchsrechts keine Verletzung der Erfüllungspflicht des Mieters (Mietzins) ist. Da sich der Mieter auch nicht in Verzug befindet, kann sich m.E. der Vermieter nicht auf Art. 102 ff. OR, insbesondere nicht Art. 107 Abs. 2 OR, berufen²¹⁴.

In diesem Zusammenhang ist m.E. die Abmahnung gemäss Art. 261 Abs. 2 OR von entscheidender Bedeutung, da dem Mieter Gelegenheit gegeben werden soll, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen. Die materiell verbotene Untermiete kann ja zur zulässigen werden, wenn der Untermieter seinen Gebrauch auf das zulässige Mass beschränkt²¹⁵.

²⁰⁶ Entsch. AppGer BS 9 (1946 – 1952) 193.

Sem.jud. 97 (1975) 187.

Sem.jud. 79 (1957) 373.

Sem.jud. 35 (1913) 357.

ZBJV 82 (1946) 531.

Bachmann, 26.

Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 13.

Sprenger, 132.

²⁰⁷ Unzutreffend Dürr (Art. 261 lit. a Abs. 6), der die Praxis der Anrufung von Art. 261 Abs. 2 OR bei verbotener Untermiete als zu weitgehend beurteilt und dem Vermieter lediglich die vorzeitige Kündigung gemäss Art. 269 zubilligen möchte. Denn Art. 269 OR ist ein Sonderfall der *clausula rebus sic stantibus* (Schönenberger/Schmid, Art. 269 N 2 mit Hinweisen), worunter die verbotene Untermiete in der Regel nicht fällt.

²⁰⁸ In der Tatsache, dass der Vermieter erst drei Wochen nach Ablauf der Nachfrist kündigt, kann nicht ein Verzicht des Vermieters auf die Kündigung gesehen werden (Sem.jud. 79 (1957) 375).

²⁰⁹ In diesem Zusammenhang mag noch auf die unzutreffende Meinung in BGE 38 II 581 hingewiesen werden, wonach die Weigerung des Vermieters, den Untermieter einziehen zu lassen, im Effekt den Mietvertrag zwischen Vermieter und Mieter auflöse (vgl. auch Schönenberger/Schmid, Art. 261 N 25).

²¹⁰ Also auf Unterlassung der Untermiete.

²¹¹ Nicht als Schadenersatz können die Untermietzinsen geltend gemacht werden, denn auf diese hat der Vermieter, der ja in keinem vertraglichen Verhältnis zum Untermieter steht, keinen Anspruch, auch nicht aus einem anderen Rechtsgrund; weder liegt eine ungerechtfertigte Bereicherung (Roquette, Kommentar, § 549 N 41) noch eine Geschäftsführung ohne Auftrag (BGE 39 II 707) vor.

²¹² BGE 39 II 707.

²¹³ Schönenberger/Schmid, Art. 261 N 25.

²¹⁴ von Tuhr/Escher, 106.

A.M. Schönenberger/Schmid, Art. 261 N 25.

A.M. Sem.jud. 79 (1957) 373, allerdings ohne nähere Prüfung; die Kündigung des Vermieters wäre jedenfalls nach Art. 261 Abs. 2 OR gültig gewesen.

²¹⁵ Vgl. dazu vorn 1.1.

Gegenüber dem Untermieter steht dem Vermieter somit kein obligatorischer Rückgabeanspruch zu²¹⁶. Von Tuhr/Peter²¹⁷ befürworten de lege ferenda einen solchen mit Hinweis auf die Lösung in Deutschland^{218 219}.

1.22 *Rechte des Vermieters aus Besitz*

1.220 **Vorbemerkung**

Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist ihr Besitzer²²⁰. Selbständiger Besitzer einer Sache ist der Eigentümer, unselbständiger jener, dem der Eigentümer die Sache zu einem persönlichen oder dinglichen Recht überlassen hat²²¹. Ein unselbständiger Besitzer kann die Sache seinerseits an einen Dritten weitergeben, so zum Beispiel der Mieter, der untervermietet. Dieser Dritte ist ebenfalls unselbständiger Besitzer. Die zweite Person, von der der Dritte seinen Besitz ableitet, ist diesem gegenüber selbständiger Besitzer²²². Somit ist der Vermieter, sofern er Eigentümer ist, immer selbständiger Besitzer, der Mieter gegenüber dem Vermieter unselbständiger und gegenüber dem Untermieter selbständiger Besitzer, währenddessen der Untermieter gegenüber Mieter und Vermieter unselbständiger Besitzer ist.

Voraussetzung für den Besitzerschutz ist, dass eine Verletzung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht vorliegt.

Grundsätzlich²²³ ist jede Beeinträchtigungshandlung, die ohne Einwilligung des Besitzers erfolgt, verbotene Eigenmacht²²⁴. Wenn sich der Eingriff des Dritten gegen die Machtsphäre des selbständigen Besitzers richtet²²⁵, kann trotz Einwilligung des unselbständigen Besitzers in den Eingriff verbotene Eigenmacht vorliegen. Erhält der Untermieter Mietbesitz, obwohl die Untermiete unzulässig ist, wird die Machtsphäre des Vermieters verletzt und der letztere kann sich nach den Regeln über den Besitzerschutz wehren.

²¹⁶ ZR 53 (1954) 12.

²¹⁷ von Tuhr/Peter, 138.

²¹⁸ § 556 und § 604 BGB.

²¹⁹ Vgl. hinten 3.31.

²²⁰ Art. 919 Abs. 1 ZGB.

²²¹ Art. 920 ZGB.

²²² SJZ 14 (1917/18) 196.

Tuor/Schwyder, 506.

²²³ D.h., sofern keine Rechtfertigungsgründe, wie z.B. Notwehr, Notstand usw. vorliegen.

²²⁴ Stark, Vorbemerkungen Besitzerschutz, Art. 926 – 929 N 22.

²²⁵ Stark, Vorbemerkungen Besitzerschutz, Art. 926 – 929 N 33.

1.221 Selbsthilfe

Gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB darf sich jeder Besitzer mit Gewalt verbotener Eigenmacht erwehren. Bei unzulässiger Untermiete ist Abs. 1 insbesondere von Bedeutung, wenn der Untermieter noch nicht im Mietbesitz ist. Der Vermieter kann ihm dann mit geeigneten Mitteln den Zutritt zu den Mieträumlichkeiten verwehren.

Gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB kann sich der Vermieter, wenn ihm die Sache durch Gewalt oder heimlich²²⁶ entzogen wird, sofort des Grundstückes durch Verreibung des Täters wieder bemächtigen und die bewegliche Sache dem auf frischer Tat betroffenen und unmittelbar verfolgten Täter wieder abnehmen. Dies gilt auch für den Vermieter, dessen Mietobjekt ohne seine Zustimmung an einen Untermieter weitergegeben wird²²⁷.

1.222 Klagen aus Besitz

Erlangt der Untermieter unzulässigerweise Besitz am Mietobjekt, so ist m.E. nicht ein Entzug, sondern lediglich eine Störung des Besitzes des Vermieters anzunehmen. Der Vermieter bleibt ja selbständiger Besitzer²²⁸, obwohl insbesondere bei Liegenschaften die Abgrenzung in der Praxis zu Schwierigkeiten führt²²⁹. Der Vermieter kann gegen den Untermieter auf Beseitigung der Störung, Unterlassung fernerer Störung und Schadenersatz klagen. Dies ist insbesondere in denjenigen Kantonen ein wirksames Mittel, wo für den Besitzerschutz ein schnelles Verfahren zur Verfügung steht²³⁰. Es ist aber zu beachten, dass es sich dabei nur um ein vorläufiges Urteil handelt. Die Rechtmässigkeit der Untermiete wird nicht abschliessend beurteilt²³¹. Bei beweglichen Sachen kann der Vermieter aber auch mit der Besitzesrechtsklage gegen den unbefugten Untermieter vorgehen. Erfährt der Vermieter, dass der Untermieter trotz Verbot der Untermiete in das Mietobjekt einziehen will, kann der Vermieter gegen den Untermieter und/oder Mieter ein richterliches Verbot erwirken.

²²⁶ Vgl. dazu Stark, Art. 926 N 14 und Ostertag, Art. 926 N 35.

²²⁷ Vgl. dazu BGE 38 II 581, wo die Frage der Selbsthilfe allerdings offengelassen wurde.

²²⁸ Maximen 10 (1949) 571.

Maximen 6 (1924) 56.

ZR 28 (1929) 7.

²²⁹ Stark, Art. 927 N 13.

²³⁰ Z.B. im Kanton Aargau: Beschleunigtes Verfahren, soweit nicht das Befehlsverfahren gemäss § 254 Ziff. 2 ZPO gegeben ist.

Im Kanton Zürich: Befehlsverfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren (§ 222 Ziff. 2 ZPO; Sträuli/Messmer, § 222 N 14).

²³¹ BGE 85 II 275.

1.23 Rechte des Vermieters aus Eigentum

Sofern der Vermieter Eigentümer des Mietobjektes ist, kann er es von jedem, der es ihm zu Unrecht vorenthält, herausverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abwehren²³². Er kann also gestützt auf seine Rechte als Eigentümer gegen den Untermieter, der zu Unrecht im Besitz des Mietobjektes ist, vorgehen und gegen diesen einen Ausweisungsbefehl erwirken^{233 234}.

1.24 Strafrechtlicher Schutz des Vermieters

1.240 Vorbemerkung

Bei der unzulässigen Untermiete kommen folgende Straftatbestände in Frage: Hausfriedensbruch des Untermieters gegenüber dem Vermieter, Veruntreuung des Mieters und Sachentziehung durch den Mieter und Untermieter.

1.241 Hausfriedensbruch

Gemäss Art. 186 StGB macht sich strafbar, wer gegen den Willen des Berechtigten in ein Haus, in eine Wohnung usw. unrechtmässig eindringt oder trotz der Aufforderung eines Berechtigten, sich zu entfernen, darin verweilt. Geschützt wird das Hausrecht, worunter die Befugnis zu verstehen ist, über einen bestimmten Raum ungestört zu herrschen. Berechtigter ist derjenige, dem die Verfügungsgewalt über den Raum zusteht, unabhängig, ob sie auf einem dinglichen oder obligatorischen Recht oder auf einem öffentlichrechtlichen Verhältnis beruht²³⁵. Das Hausrecht steht demzufolge einzig dem Mieter zu und nicht zugleich dem Vermieter, der auf die tatsächliche Verfügungsmacht über die Räume verzichtet hat. Demzufolge kann der Vermieter sich auch nicht auf sein Hausrecht berufen, wenn der Mieter die Wohnung vertragswidrig, zum Beispiel durch verbotene Untermiete, gebraucht²³⁶. Wenn nun der Untermieter im Einverständnis mit dem Mieter in das Mietobjekt einzieht, liegt das Einverständnis eines Berechtigten im Sinne von Art. 186 StGB vor, so dass der objektive Tatbestand des Hausfriedensbruches nicht erfüllt ist.

²³² Art. 641 Abs. 2 ZGB.

²³³ Näheres dazu bei Meier-Hayoz, Art. 641.

²³⁴ ZR 53 (1954) 12.

²³⁵ BGE 90 IV 76.

BGE 87 IV 121.

BGE 83 IV 156.

²³⁶ BGE 83 IV 156 f.

1.242 Veruntreuung

Gemäss Art. 140 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer sich eine ihm anvertraute fremde, bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, und wer anvertrautes Gut, namentlich Geld, unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet. Absatz 1 dieses Artikels kommt nicht zur Anwendung, weil es an der Aneignung, das heisst an der dauernden Enteignung des bisherigen Eigentümers²³⁷ fehlt. Da Absatz 2 nur anwendbar ist, wenn die Sachen keine fremden sind, sondern im Eigentum des Täters stehen²³⁸, was bei der Miete nicht der Fall ist, kann der Mieter, der unzulässigerweise untervermietet, nicht gestützt auf Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bestraft werden.

1.243 Sachentziehung

Nach Art. 143 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer ohne Bereicherungsabsicht eine bewegliche Sache dem Berechtigten entzieht und ihn dadurch schädigt. Berechtigter ist derjenige, dem die Verfügungsgewalt über die Sache zusteht, also der Mieter. Gibt der Mieter das bewegliche Mietobjekt an den Untermieter weiter, so liegt das Einverständnis des Berechtigten vor, und von einem widerrechtlichen Entzug kann keine Rede sein²³⁹.

1.3 Abschluss des Untermietvertrages

1.30 Vorbemerkung

Grundsätzlich erfolgt der Abschluss des Untermietvertrages genau gleich wie beim Mietvertrag. Aus diesem Grund kann für die Fragen der Form²⁴⁰, der Bestandteile²⁴¹ und des Zustandekommens²⁴² des Untermietvertrages grundsätzlich auf die diesbezügliche Literatur verwiesen werden. Im folgenden wird nur auf die Besonderheiten des Untermietvertrages hingewiesen.

²³⁷ Stratenwerth I, 167 mit Hinweis auf Schwander, Nr. 545.

²³⁸ SJZ 62 (1966) 330.

Rehberg, 44.

Schaub, 73 unter Berufung auf Stratenwerth.

²³⁹ Vgl. vorn 1.241.

²⁴⁰ Z.B. Sprenger, 1 – 4.

²⁴¹ Z.B. Sprenger, 7 – 8.

²⁴² Z.B. Sprenger, 9 – 44.

1.31 *Form*

Gemäss Art. 11 OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Weder für den Miet- noch den Untermietvertrag bestehen spezielle Formvorschriften²⁴³.

Meines Wissens existiert in der Schweiz kein spezielles Formular für Untermietverträge²⁴⁴. Für Untermietverträge wird häufig das Formular "Mietvertrag für Zimmer"²⁴⁵ benützt²⁴⁶. Vom Inhalt her weicht dieses Formular nicht von einem gewöhnlichen Mietvertrag ab²⁴⁷, jedenfalls ist es nicht als Untermietvertrag kenntlich gemacht.

1.32 *Erkundungspflicht des Untermieters*

Problematisch erscheint, den Untermieter zu verpflichten, sich vor Abschluss des Untermietvertrages beim Vermieter zu erkundigen, ob die Untermiete zulässig sei, auch an Orten, wie in Genf, wo das Verbot der Untermiete die Regel bildet²⁴⁸. Einerseits ist für den Untermieter oft nicht einmal erkennbar, ob er Untermieter oder Mieter ist, und andererseits ist der Mieter ja berechtigt, sich zu verpflichten, eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, über die er noch gar nicht verfügt. Der Mieter kann sich ja auch erst nach Abschluss des Untermietvertrages um die Bewilligung des Vermieters bemühen²⁴⁹. Ein vorsichtiger Untermieter, der seine Stellung kennt und der an der Erfüllung des Untermietvertrages und nicht an Schadenersatz interessiert ist, wird sich vorsichtshalber beim Vermieter erkundigen oder Einblick in den Mietvertrag verlangen. Aber daraus eine Sorgfaltspflicht für den Untermieter zu konstruieren, geht m.E. zu weit.

1.33 *Aufklärungspflicht des Mieters*

Für den Dritten ist es von wesentlicher Bedeutung, ob er vom Eigentümer oder dessen Mieter das Mietobjekt mietet, denn der Untermieter kann höchstens solange

²⁴³ Unzutreffend ZBJV 43 (1907) 215, wonach sich die Untermiete als Abtretung des Mietrechtes des Mieters unter Fortdauer der Haftung des Letztern gegenüber dem Hauptvermieter qualifiziere (vgl. vorn 0.721) und deshalb die Formvorschriften über die Abtretung (Art. 184 aOR) anwendbar seien.

²⁴⁴ Jedenfalls erhielt ich weder von den angefragten Mieterverbänden noch den angefragten Hauseigentümervereinen ein solches zugestellt.

²⁴⁵ Herausgegeben vom Kantonalverband der Zürcher Hauseigentümervereine und vom Mieterverband Zürich, Ausgabe A/1974.

²⁴⁶ Auskunft des Hauseigentümervereins Zürich.

²⁴⁷ Vgl. z.B. "Zürcher-Mietvertrag" herausgegeben vom Kantonalverband der Zürcher Hauseigentümervereine und vom Mieterverband Zürich, Ausgabe 1971/A.

²⁴⁸ Sem.jud. 58 (1936) 424.

²⁴⁹ Vgl. vorn 1.121.333.10 bei FN 47.

im Mietbesitz bleiben, als der Mietvertrag dauert. Wird dieser im gegenseitigen Einverständnis zwischen Vermieter und Mieter aufgelöst, so muss der Untermieter das Mietobjekt zurückgeben, unabhängig davon, wie lange sein Vertrag noch ange dauert hätte²⁵⁰. Aus diesem Grund besteht m.E. für den Mieter, der weitervermieten will, eine Aufklärungspflicht insbesondere dann, wenn der Mietvertrag bereits aufgelöst wurde²⁵¹. Er hat dem Untermieter mitzuteilen, dass er nicht Eigentümer, sondern lediglich Mieter des Mietobjektes und damit der Dritte Untermieter ist. Verletzt der Mieter diese Aufklärungspflicht, liegt eine culpa in contrahendo vor²⁵².

1.34 Vormerkung der Untermiete im Grundbuch

Gemäss Art. 260 OR kann bei der Miete an einem Grundstück verabredet werden, dass das Verhältnis im Grundbuch vorgemerkt werden soll. Es stellt sich die Frage, ob auch ein Untermietvertrag im Grundbuch vorgemerkt werden kann. Schönenberger/Schmid²⁵³, Homberger²⁵⁴ und Ostertag²⁵⁵ bejahen diese Frage. Allerdings müsse der Vermieter die Zustimmung zur Vormerkung der Untermiete erteilen²⁵⁶. Die Frage ist in der Praxis trotzdem umstritten. So lassen zum Beispiel die Kantone Aargau und Zürich die Vormerkung der Untermiete nicht zu, wogegen der Kanton Basel-Stadt die Vormerkung unter der Bedingung, dass der Mietvertrag mindestens für die gleiche Zeitdauer vorgemerkt ist, gestattet²⁵⁷. Das eidgenössische Grundbuchinspektorat hat im Jahre 1971 einmal auf Anfrage hin die Zulässigkeit der Vormerkung der Untermiete bejaht²⁵⁸.

Die Vormerkung der Untermiete ist nur dann zulässig, wenn vom Anmeldenden unter anderem ein Ausweis über den Rechtsgrund beigebracht wird. Das heisst, er muss einen Rechtsgrund darlegen, der die grundbuchliche Operation rechtfertigt²⁵⁹. Der Eigentümer kann sich aber, selbst wenn er die Zustimmung zur Vormerkung der Untermiete erteilt, nicht mit dinglich verstärkter Wirkung zu etwas verpflichten, wozu er obligatorisch infolge mangelnden Rechtsverhältnisses nicht verpflichtet ist. Dem Wesen der Untermiete nach kann er sich dem Untermieter gegenüber gar nicht verpflichten, ohne dass ein direkter Mietvertrag begründet wird²⁶⁰.

²⁵⁰ Vgl. hinten 3.1.

²⁵¹ BGE 105 III 83.

Amonn, 430.

²⁵² von Tuhr/Peter, 192 f. mit Hinweisen.

²⁵³ Schönenberger/Schmid, Art. 260 N 5.

²⁵⁴ Homberger, Art. 959 N 10 und 60 am Ende.

²⁵⁵ Ostertag, Art. 959 N 51.

²⁵⁶ Schönenberger/Schmid, Art. 260 N 5.

²⁵⁷ Angaben gemäss telefonischen Auskünften der Grundbuchämter.

²⁵⁸ Angabe gemäss telefonischer Auskunft.

²⁵⁹ Tuor/Schwyder, 545.

²⁶⁰ Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, Beschwerdeentscheid vom 30. August 1972 in Sachen G., K. und D.

Abgesehen davon würde die Vormerkung der Untermiete auch keine rechtliche Wirkung entfalten. Da die Untermiete begrifflich und rechtlich der Miete untergeordnet ist, käme eine Eintragung nur dann in Frage, wenn der Mietvertrag ebenfalls vorgemerkt wäre²⁶¹. Andernfalls könnte der neue Eigentümer bei einem Verkauf der Liegenschaft den Mietvertrag kündigen²⁶² und er müsste sich trotz der Vormerkung den Gebrauch durch Untermieter nicht gefallen lassen²⁶³.

Aber auch wenn der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt wird, nützt dem Untermieter die Vormerkung der Untermiete nichts, da er seine Rechte vom Mieter ableitet. Ein Eigentümerwechsel ändert an seiner Rechtsstellung gegenüber dem Vermieter überhaupt nichts. Deshalb bedarf er auch keines Schutzes vor den (für ihn nicht existierenden) Folgen des Eigentümerwechsels. Interessant könnte es für ihn lediglich im Zusammenhang mit einem Mieterwechsel sein. Dieser kann aber nur mit Zustimmung des Untermieters erfolgen, so dass der Untermieter auch diesbezüglich genügend geschützt ist.

Die Eintragung der Untermiete ist somit nicht möglich.

1.4 Entstehung durch Veräusserung des Mietobjektes

Es stellt sich die Frage, ob ein Mietvertrag zum Untermietvertrag wird, wenn der bisherige Vermieter, der Eigentümer des Mietobjektes ist, dieses veräussert und gleichzeitig zurückmietet. Sämtliche Voraussetzungen²⁶⁴ sind erfüllt, damit begrifflich von einem Untermietvertrag gesprochen werden kann. Die Rechtslage des bisherigen Mieters und neuen Untermieters verschlechtert sich zwar durch diesen Wechsel, denn einerseits hat er keine Möglichkeit mehr, vom neuen Eigentümer Realerfüllung zu verlangen, andererseits verliert er teilweise das Recht auf Mieterstreckung²⁶⁵. Es ist aber zu beachten, dass niemand Anspruch auf Sicherung der Vertragserfüllung hat, soweit dies nicht im Vertrage selbst oder im Gesetz vorgesehen ist. Deshalb ist m.E. ein solches Vorgehen des Eigentümers zulässig, abgesehen vom Falle des Rechtsmissbrauches²⁶⁶.

²⁶¹ Entsprechend der Praxis des Kantons Basel-Stadt.

²⁶² Art. 259 OR.

²⁶³ Vgl. 3.1.

²⁶⁴ Ein über- und ein untergeordnetes Mietverhältnis (näheres dazu vgl. vorn 0.1).

²⁶⁵ Art. 267 d OR.

Näheres dazu hinten 3.2.

²⁶⁶ BJM (1972) 293.

2. Wirkungen des Untermietvertrages

2.1 Verhältnis zwischen Mieter und Untermieter

2.10 Vorbemerkung

Der Untermieter steht zum Mieter in einem gewöhnlichen Mietverhältnis mit den entsprechenden beidseitigen Rechten und Pflichten. Es stellen sich deshalb beim Verhältnis Mieter – Untermieter gleiche Fragen wie beim Verhältnis Vermieter – Mieter. Da es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein soll, das ganze Mietrecht anhand des Untermietvertrages aufzuzeigen, wird im folgenden lediglich auf Probleme eingegangen, die wegen der besonderen Stellung des Untermieters eine spezielle Überprüfung verlangen.

2.11 Pflichten des Mieters

2.111 Die Überlassung zum Gebrauch

Der Mieter hat dem Untermieter die Sache während der vereinbarten Zeitdauer zum Gebrauch zu überlassen¹. Dazu muss der Mieter dem Untermieter vorerst den Besitz am Mietobjekt einräumen. Der Mieter kann sich von dieser ihn persönlich treffenden Pflicht nicht durch die Abtretung seiner Ansprüche gegen den Vermieter an den Untermieter befreien². Der Mieter haftet dem Untermieter dafür, dass ihm der Vermieter den Gebrauch am Mietobjekt einräumt³, denn es ist Sache des Mieters dafür zu sorgen, dass sein Vermieter ihm gegenüber den Vertrag erfüllt⁴.

Kann der Untermieter das Mietobjekt nicht beziehen, weil ihm der Vermieter den Zutritt verwehrt, so liegt beim Mieter immer subjektive Unmöglichkeit vor, denn die Leistung ist nicht schlechthin unmöglich, sondern lediglich für den Mie-

¹ Art. 253 OR.
Schmid, 51.

² BGE 36 II 185.

³ Schöenberger/Schmid, Art. 264 N 6.

⁴ BGE 36 II 185.

ter^{5 6}. Dies berechtigt den Untermieter, gemäss Art. 102 bis 109 OR gegen den Mieter vorzugehen^{7 8}, also auf Erfüllung nebst Schadenersatz⁹ wegen Verspätung zu klagen oder auf die nachträgliche Leistung zu verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten¹⁰.

Wird dem Untermieter das Mietobjekt vor Ablauf des Untermietvertrages entzogen¹¹, kann der Untermieter gleichfalls gestützt auf die Art. 102 bis 109 OR gegen den Mieter vorgehen¹².

2.112 Nebenpflichten

2.112.0 Allgemein

Bei den Nebenpflichten des Mieters gegenüber dem Untermieter, wie der Verpflichtung zur Behebung untergeordneter Mängel¹³, Pflicht zur Tragung der Lasten und Abgaben¹⁴ usw.¹⁵, stellen sich keine besonderen Probleme. Die Nebenpflichten sind gleich zu behandeln, wie im gewöhnlichen Mietrecht. Es ist lediglich darauf hinzuweisen, dass der Mieter seinen Nebenpflichten gegenüber dem Untermieter nachkommen muss, unabhängig davon, ob der Vermieter die analoge Pflicht ihm gegenüber erfüllt.

⁵ Skopalik, 61.

⁶ Objektive Unmöglichkeit für den Mieter kann nur vorliegen, wenn auch der Vermieter aus objektiven Gründen nicht leisten kann, z.B. wenn das bestimmte Mietobjekt durch ein Naturereignis zerstört wurde.

⁷ Gauch/Schlupe/Jäggi, II, Nr. 1849 ff., insbesondere Nr. 1863, mit zahlreichen Hinweisen auch auf andere Meinungen bei Nr. 1862.

⁸ A.M. BGE 36 II 186: Das Bundesgericht stützte sein im Ergebnis richtiges Urteil auf Art. 110 aOR (entspricht dem praktisch gleich lautenden Art. 97 Abs. 1 OR), allerdings ohne die Frage des Verzuges zu prüfen.

A.M. ZBJV 46 (1910) 492: Der bernische Appellationshof stützte im gleichen Fall sein im Ergebnis ebenfalls richtiges Urteil auf Art. 280 aOR (entspricht dem praktisch gleich lautenden Art. 258 OR) ab, der allerdings nicht zur Anwendung kommt, wenn das Mietobjekt gar nicht übergeben worden ist (Schönenberger/Schmid, Art. 258 N 3).

⁹ Sprenger, 133.

¹⁰ Näheres dazu bei Schmid, 51 – 80.

¹¹ Z.B. weil beim Verkauf des Mietobjektes der Mietvertrag nicht überbunden wird.

¹² BGE 81 II 350, wo festgestellt wird, dass dem Abtretungsgläubiger, dessen Stellung in diesem Fall analog derjenigen des Untermieters sei, Schadenersatz zustehe, ohne allerdings den Rechtsgrund zu nennen.

¹³ Art. 256 Abs. 2 OR.

¹⁴ Art. 263 OR.

¹⁵ Vgl. z.B. Brunner, Kapitel IV, 341 ff.

2.112.1 *Pflicht zur Übernahme des Rechtsstreites*

Wenn ein Dritter auf die gemietete Sache einen Anspruch erhebt, der sich mit dem Rechte des Mieters nicht verträgt, so ist der Vermieter verpflichtet, auf Anzeige des Mieters hin den Rechtsstreit zu übernehmen und im Falle einer Störung des Mieters in der vertragsmässigen Benutzung des Mietgegenstandes, Schadenersatz zu leisten¹⁶. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit stellt sich die Frage, ob der Vermieter, der auf die vom Untermieter gemietete Sache Anspruch erhebt, Dritter im Sinne des Gesetzes ist. Ein vertragliches Verhältnis besteht nur zwischen dem Mieter und dem Untermieter¹⁷. Der Vermieter ist gegenüber dem Untermietverhältnis ein Aussenstehender¹⁸. Bei den Ansprüchen des Dritten muss es sich um dingliche Rechte (wie z.B. Eigentum) Dritter handeln¹⁹. Der Vermieter ist häufig Eigentümer des Mietobjektes. Es gibt keine Gründe dafür, dass dem Untermieter ausgerechnet im Falle der Entwehrung durch den Vermieter der Schutz von Art. 258 OR nicht zukommen soll. Der Vermieter ist also Dritter im Sinne von Art. 258 OR in bezug auf das Verhältnis zwischen Mieter und Untermieter²⁰. Das hat zur Folge, dass der Mieter den Rechtsstreit zwischen dem Vermieter, der seine Rechte aus Eigentum geltend macht, und dem Untermieter, auf Anzeige hin übernehmen muss²¹.

2.12 *Pflichten des Untermieters*

2.121 *Bezahlung des Mietzinses*

Der Untermieter ist verpflichtet, dem Mieter den vereinbarten Mietzins²² zu bezahlen²³. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Untermieter mit befreiender Wirkung an den Vermieter bezahlen kann. Dies ist für den Untermieter wichtig, falls der Mieter den Mietzins nicht bezahlt und der Vermieter den Mietvertrag gemäss Art. 265 Abs. 1 OR auflösen will. Der Untermietvertrag bleibt zwar bestehen, hingegen kann der Mieter, da er seine Rechte am Mietobjekt verliert, gegenüber dem Untermieter nicht mehr erfüllen. Falls der Untermieter seinen Mietzins mit befreiender Wirkung direkt an den Vermieter zahlen könnte, könnte er diese Gefahr vermeiden.

¹⁶ Art. 258 OR.

¹⁷ Vgl. hinten 2.2 bei FN 32.

¹⁸ Vgl. dazu die analoge Gewährleistung des veräusserten Rechtes durch den Verkäufer, wo auch der Eigentümer Dritter sein kann (Art. 192 ff. OR; Guhl/Merz/Kummer, 340).

¹⁹ Schönenberger/Schmid, Art. 258 N 4.

²⁰ ZBJV 46 (1910) 492.

²¹ Näheres zur Übernahme des Rechtsstreites im allgemeinen bei Schönenberger/Schmid, Art. 258 und Schmid, 82 f.

²² Es handelt sich entgegen dem Wortlaut nicht um einen Zins im rechtlichen Sinn (Art. 105 OR) (von Tuhr/Peter, 69).

²³ Als Mietzins wird auch das Entgelt für Nebenleistungen, wie z.B. Heizung, Licht und Warmwasser verstanden (Schmid, 92 f.).

Der Untermieter schuldet den Mietzins dem Mieter. Zur ordentlichen Erfüllung gehört auch, dass die Zahlung der richtigen Person, dem Gläubiger, zukommt. Der Vermieter ist nicht Gläubiger der Mietzinsschuld des Untermieters. Daher kann der Untermieter nicht mit befreiender Wirkung an den Vermieter bezahlen.

Der Untermieter kann aber auf zwei Arten ein ähnliches Ergebnis bewirken.

Sofern es sich nicht um eine höchstpersönliche Schuld handelt, was bei einer Geldzahlung kaum je der Fall sein dürfte, kann sie auch ohne Wissen und Willen des Schuldners durch einen Dritten erfüllt werden²⁴. Der Untermieter kann als Vertreter des Mieters, sofern er in dessen Namen auftritt, dessen Mietzinsschuld begleichen und gestützt auf Art. 422 OR Ersatz für seine Aufwendungen verlangen²⁵, bzw. mit seiner Untermietzinsschuld verrechnen²⁶.

Der Untermieter kann sich aber auch die Mietzinsforderung des Vermieters gegen Bezahlung des entsprechenden Betrages abtreten lassen²⁷. In diesem Fall kann er ebenfalls seine Untermietzinsschuld mit der abgetretenen Mietzinsforderung verrechnen.

Es ist aber zu beachten, dass diese beiden Möglichkeiten nur von praktischer Bedeutung sind, wenn der Untermietzins gleich hoch oder höher ist als der Mietzins, denn der Vermieter hat Anspruch auf den gesamten Mietzins und kann den Mietvertrag auflösen, wenn auch nur ein kleiner Teil nicht bezahlt wird. Übersteigt der Mietzins den Untermietzins beträchtlich, so kann zwar der Untermieter trotzdem den gesamten Mietzins bezahlen, riskiert aber dabei, dass er, soweit er nicht verrechnen kann, vom Mieter keinen Ersatz erhält, denn nur bei der Abtretung gehen die Nebenrechte, wie Sicherheitsleistungen und Pfandrechte auf den Untermieter über²⁸.

2.122 Nebenpflichten des Untermieters

Bei den Nebenpflichten des Untermieters stellen sich in dessen Verhältnis zum Mieter keine besonderen Probleme. Der Untermieter ist gegenüber dem Mieter verpflichtet, den Nebenpflichten genau gleich nachzukommen, wie der Mieter gegenüber dem Vermieter.

²⁴ von Tuhr/Escher, 26 mit Hinweisen.

²⁵ von Tuhr/Escher, 27.

²⁶ Daher ist es für den Untermieter nicht von Bedeutung, dass die vom Mieter geleisteten Sicherheiten mit Bezahlung des Mietzinses erlöschen und nicht auf ihn übergehen (von Tuhr/Escher, 27).

²⁷ Art. 164 Abs. 1 OR.

²⁸ Art. 170 Abs. 1 OR.

2.13 Rechte des Mieters: Retentionsrecht

Der Mieter hat nicht nur Anspruch auf Bezahlung des Untermietzinses, er hat auch Anspruch auf die Geltendmachung des Retentionsrechtes, soweit der Untermieter seiner Zahlungspflicht nicht nachgekommen ist. Im Verhältnis Mieter – Untermieter stellen sich keine besonderen Probleme bezüglich des Retentionsrechtes.

2.14 Rechte des Untermieters

Die Rechte des Untermieters gegenüber dem Mieter unterscheiden sich nicht von denjenigen des Mieters gegenüber dem Vermieter. Der Mieter haftet dem Untermieter dafür, dass ihm der Vermieter den Gebrauch an der Sache einräumt²⁹. So hat der Untermieter, der das gleiche Recht an den von ihm gemieteten Räumlichkeiten besitzt wie der Mieter, Anspruch auf die betreffenden Zimmerschlüssel, wie auch auf die Hausschlüssel³⁰. Der Untermieter haftet dem Mieter aus Vertrag und dem Vermieter ausservertraglich³¹, dass mit diesen Schlüsseln kein Missbrauch getrieben wird.

2.2 Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter

2.20 Rechtsnatur

Durch den Abschluss des Untermietvertrages entsteht zwischen dem Mieter und Untermieter ein vertragliches Verhältnis. Dagegen tritt der Untermieter nicht in eine vertragliche Beziehung zum Vermieter³², denn er ist nicht Partei des Mietvertrages, durch den sich der Vermieter nur gegenüber dem Mieter gebunden hat. Für das Verhältnis Vermieter – Untermieter kommen daher nur diejenigen Rechte und Pflichten in Frage, die unmittelbar aus dem Gesetz hervorgehen³³, nämlich der Anspruch des Vermieters, den Untermieter unmittelbar zum mietvertragsgemässen Gebrauch anzuhalten³⁴ und das Retentionsrecht des Vermieters gegenüber dem

²⁹ BGE 36 II 183 ff.

³⁰ Brunner, 478.

³¹ Art. 41 OR.

³² ZBJV 43 (1907) 216.
Kantorowicz, 13.

Rosin, 40.

³³ Brunner, 470 f.

³⁴ Art. 264 Abs. 3 OR.

Untermieter^{35 36}. Das erste ist ein persönliches³⁷ und das zweite ein dingliches Recht³⁸ des Vermieters.

2.21 *Pflichten des Vermieters*

Der Vermieter hat die Pflicht, den Gebrauch durch Untermieter nach Massgabe des Mietvertrages zu dulden. Diese Pflicht hat er aber nicht gegenüber dem Untermieter, sondern gegenüber seinem Vertragspartner, dem Mieter, zu erfüllen³⁹. Eigentliche Pflichten des Vermieters gegenüber dem Untermieter, bzw. Rechte des Untermieters gegenüber dem Vermieter, gibt es nicht.

2.22 *Pflichten des Untermieters*

Der Mieter darf vom Mietobjekt nur in dem Umfange Gebrauch machen, als dies im Mietvertrag festgehalten ist. Der Vermieter ist berechtigt, den Mieter und den Untermieter unmittelbar hierzu anzuhalten⁴⁰. Umgekehrt besteht demzufolge die Pflicht des Untermieters gegenüber dem Vermieter, das Mietobjekt nur im Rahmen des Mietvertrages und nicht des Untermietvertrages zu gebrauchen⁴¹. In diesem Sinne ist der Untermieter Solidarschuldner mit dem Mieter gegenüber dem Vermieter⁴². Das führt m.E. dazu, dass der Untermieter dem Vermieter den Untermietvertrag im Prozess gemäss Art. 264 Abs. 3 OR nicht entgegenhalten kann. Dabei ist es nicht von Belang, ob er gut- oder bösgläubig ist, denn die Rechte des Vermieters ergeben sich aus dem Mietvertrag mit dem Mieter, unabhängig davon, was der Mieter mit dem Untermieter vereinbart hat.

³⁵ Art. 272 Abs. 2 OR.

³⁶ Abgesehen von weiteren ausservertraglichen Rechtsbeziehungen wie z.B. Haftung aus unerlaubter Handlung (vgl. z.B. Maximen 7 (1929) 39) oder die Gefahr der Schaffung eines Bauhandwerkerpfandrechts durch den ausbauenden Untermieter (Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, 56 f.).

³⁷ Reymond, 237.

³⁸ Reymond, 253.

³⁹ Vgl. dazu hinten 2.34.

⁴⁰ Art. 264 Abs. 3 OR.

⁴¹ Vgl. dazu vorn 1.121.333.10 nach FN 46.

⁴² Oser/Schönenberger, Art. 264 N 12.

Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 19.

Dürr, 85.

2.23 Rechte des Vermieters

2.231 Aus Art. 264 Abs. 3 OR

Der Vermieter kann den Untermieter unmittelbar zum vertragsgemässen Gebrauch anhalten⁴³. Wie sich aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes⁴⁴ ergibt, ist unter vertragsgemässigem Gebrauch derjenige, der sich aus dem Mietvertrag und nicht aus dem Untermietvertrag ergibt, gemeint. Da der Vermieter die Einhaltung des Mietvertrages auch vom Mieter fordern kann, besteht eine gesetzliche Solidarforderung des Vermieters gegenüber dem Mieter und dem Untermieter⁴⁵, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebrauche, als es dem Mieter gestattet ist⁴⁶. Dies hat zur Folge, dass sich der Vermieter entweder an seinen Mieter oder den Untermieter oder beide zusammen halten kann, wenn der Untermieter einen mietvertragswidrigen Gebrauch macht^{47 48}.

Der Anspruch des Vermieters aus Art. 264 Abs. 3 OR ist rein obligatorischer Natur, denn er kann nicht auf dem Eigentumsrecht beruhen⁴⁹, wenn der Vermieter nicht Eigentümer ist⁵⁰. Von grosser praktischer Bedeutung ist dieses Recht des Vermieters nicht⁵¹, denn das Vorgehen des Vermieters gegen den Mieter⁵² ist bedeutend wirksamer⁵³.

2.232 Das Retentionsrecht des Vermieters

2.232.1 Das Retentionsrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Untermieters

2.232.10 Allgemein

Der Vermieter einer unbeweglichen Sache hat ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrich-

⁴³ Art. 264 Abs. 3 OR.

⁴⁴ Art. 264 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 3 OR.

⁴⁵ Vgl. vorn FN 42.

⁴⁶ Art. 264 Abs. 2 OR.

⁴⁷ VJS 4 (1904) 127.

Heuberger, 120.

⁴⁸ Sprenger (122) sieht in dieser Beziehung im Untermietvertrag einen Vertrag zugunsten eines Dritten, nämlich des Vermieters. Das trifft m.E. nicht zu, da – wie Sprenger selbst ausführt – das Recht des Vermieters weder auf Vereinbarung noch auf Übung (Art. 112 Abs. 2 OR) sondern auf Gesetz (Art. 264 Abs. 3 OR) beruht.

⁴⁹ Becker, Art. 264 N 9.

Sprenger, 122.

⁵⁰ Vgl. vorn 0.1 bei FN 6.

⁵¹ Jedenfalls lassen sich keine publizierten Entscheide finden, in denen der Vermieter gegen den Untermieter klagt.

⁵² Mahnung und Auflösung des Mietvertrages gemäss Art. 261 Abs. 2 OR.

⁵³ Vgl. dazu hinten 2.32.

tung oder Benutzung gehören⁵⁴. Der Zweck dieser Bestimmung, nämlich der Schutz des Vermieters für seinen Kreditierungszwang⁵⁵, würde dahinfallen, wenn das Retentionsrecht in den Fällen, wo der Mieter Räume unmöbliert weitervermietet, nicht bestehen würde. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber dem Vermieter auch ein Retentionsrecht an den vom Untermieter eingebrachten Gegenständen eingeräumt, unabhängig davon, ob der Vermieter Kenntnis vom Eigentum des Untermieters⁵⁶ gehabt hat oder nicht⁵⁷; allerdings nur soweit, als diesem gegenüber das Recht des Mieters reicht^{58 59}. Das Retentionsrecht des Vermieters ist immer durch die Existenz eines zwischen dem Mieter und Untermieter begründeten Mietverhältnisses bedingt^{60 61 62}. Umstritten ist die Frage, ob es sich dabei um ein selbständiges Recht des Vermieters gegenüber dem Untermieter handle⁶³ oder ob der Vermieter nur das Retentionsrecht des Mieters gegenüber dem Untermieter, also ein abgeleitetes Recht geltend machen könne⁶⁴.

M.E. ist das Retentionsrecht des Vermieters grundsätzlich selbständig. Dies ergibt sich bereits aus dem klaren Wortlaut von Art. 272 Abs. 2 Teil 1 OR. Hingegen ist der Umfang des dem Vermieter zustehenden Retentionsrechtes abgeleitet, denn dieser ist auf das dem Mieter gegenüber dem Untermieter zustehende Recht beschränkt.

2.232.11 Einschränkung des Retentionsrechtes

2.232.110 Vorbemerkung

Das Retentionsrecht ist auf eine doppelte Weise eingeschränkt, nämlich durch die Rechte des Vermieters gegenüber dem Mieter und durch die Rechte des Mie-

⁵⁴ Art. 272 Abs. 1 OR.

⁵⁵ Brander, 110 und 114.

⁵⁶ Vgl. Art. 273 Abs. 1 OR.

⁵⁷ Protokoll der Expertenkommission vom 16. Oktober 1908, S. 9 Ziff. 3 lit. c. Oser/Schönenberger, Art. 273 N 32.

Becker, 272 N 5.

Vetsch, 134.

A.M. SJZ 36 (1939/40) 338 ohne Berücksichtigung des historischen Willens des Gesetzgebers.

⁵⁸ Art. 272 Abs. 2 OR.

⁵⁹ Offensichtlich um einen Redaktionsfehler handelt es sich, wenn Reymond (255) dem Vermieter ein Retentionsrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters zugesteht, "allerdings nur insoweit, als dies für die Sicherung der unmittelbaren Ansprüche des Hauptvermieters gegen den Untermieter erforderlich ist".

⁶⁰ Heuberger, 207.

⁶¹ Vgl. vorn 2.1.

⁶² Bei der Abtretung der Miete (vgl. vorn 0.721) hat der Vermieter kein Retentionsrecht an den vom Zessionar eingebrachten Gegenständen, da keine Mietzinsforderung vorliegt (Oser/Schönenberger, Art. 264 N 15).

⁶³ Oser/Schönenberger, Art. 272 N 33.

Schönenberger/Schmid, Art. 272 – 274 N 14, ohne Begründung.

⁶⁴ Becker, Art. 272 N 5.

Schatzmann (28) spricht von einem indirekten Retentionsrecht.

ters gegenüber dem Untermieter. Es beschränkt sich somit auf das jeweils kleinere Recht des Vermieters oder des Mieters⁶⁵.

2.232.111 Durch die Rechte des Vermieters gegenüber dem Mieter

Das Retentionsrecht des Vermieters ist durch seine Mietzinsforderung gegenüber dem Mieter im Umfang beschränkt. Der Vermieter kann sein Recht nur soweit geltend machen, als der Mieter seinen Mietzins schuldig geblieben ist. Wenn der Untermietzins höher ist, als der Mietzins, haften die eingebrachten Sachen des Untermieters nur bis zur Höhe des Hauptmietzinses⁶⁶.

2.232.112 Durch die Rechte des Mieters gegenüber dem Untermieter

Das Retentionsrecht des Vermieters gegenüber dem Untermieter geht nur soweit, als diesem gegenüber das Recht des Untervermieters reicht^{67 68}. Das heisst m.E., dass das Retentionsrecht davon abhängig ist, dass der Untermieter dem Mieter Mietzins schuldig ist⁶⁹ und dem Mieter für diese Mietzinsforderung selber ein Retentionsrecht⁷⁰ zusteht. Dies lässt sich aus dem Wortlaut von Art. 272 Abs. 2 OR herleiten. Der Gesetzgeber hat den Begriff "Recht" und nicht den engeren Begriff "Forderung" gebraucht.

Das hat zur Folge, dass der Untermieter dem Vermieter gegenüber sämtliche Einreden⁷¹, die er auch gegenüber dem Mieter erheben könnte, entgegenhalten kann und dass ein Verzicht des Mieters auf das Retentionsrecht⁷² oder die Mietzinsforderung auch den Vermieter trifft, sofern ein solcher Verzicht im Einzelfall nicht rechtsmissbräuchlich ist. Der Vermieter muss sich auch den Untergang des Retentionsrechtes des Mieters aus anderen Gründen⁷³ entgegenhalten lassen.

⁶⁵ Oser/Schönenberger, Art. 272 N 30.

⁶⁶ Heuberger, 205 f.

⁶⁷ Art. 272 Abs. 2 OR.

⁶⁸ VJS 13 (1913) 120.

⁶⁹ Nach Brander (114 und 118) ist das Retentionsrecht beschränkt auf die Forderung des Mieters gegen den Untermieter.

Gl.M. Brunner, 630.

⁷⁰ Vgl. BGE 59 III 285.

Huber, Stenographisches Bulletin Nationalrat, 19 (1909) 566.

⁷¹ A.M. Oser/Schönenberger (Art. 272 N 33 am Ende), die ohne nähere Begründung die Ansicht vertreten, der Untermieter dürfe dem Vermieter gegenüber keine Einreden aus seinem Verhältnis zum Mieter, abgesehen von der Untermiete, erheben.
Gl.M. Dürr, 142.

⁷² A.M. Schönenberger/Schmid, Art. 272 – 274 N 14, da sie der Auffassung sind, das Retentionsrecht des Vermieters gegenüber dem Untermieter sei völlig selbständig.

⁷³ Z.B. Wegfall des räumlichen Verhältnisses (ZR 58 (1959) 19), Wegfall der Eignung als Retentionsobjekt oder ergebnislose Verwertung (vgl. dazu Brander, 128 – 133 und Link Fritz, in Jahrbuch der Basler Juristenfakultät (1933 und 1934) Heft XII und XIII, 39).

Ebensowenig hindert das Retentionsrecht des Vermieters den Mieter und den Untermieter an einer allfälligen Vertragsauflösung⁷⁴.

Sofern der Untermieter seinen Zahlungspflichten nachgekommen ist, kann sich das Retentionsrecht auf keine der von ihm eingebrachten Gegenstände beziehen⁷⁵; er kann also durch Bezahlung seines Mietzinses jeder Gefahr ausweichen⁷⁶.

2.232.12 *Der Untermieter als Dritter im Sinne von Art. 273 OR*

2.232.120 *Vorbemerkung*

Unbestritten und allgemein anerkannt ist heute⁷⁷, dass der Untermieter im Falle zulässiger Untermiete nicht als Dritter im Sinne von Art. 273 OR gilt, weil die Regelung von Art. 272 Abs. 2 OR als *lex specialis* dem Art. 273 OR vorgeht⁷⁸.

Widersprüchlich sind die Urteile und Meinungen zur Frage, ob bei verbotener Untermiete der Untermieter als Dritter im Sinne von Art. 273 OR gelte und sich nicht auf das Privileg von Art. 272 Abs. 2 OR berufen könne.

2.232.121 *Rechtsprechung*

Nach Ansicht des Genfer Obergerichts hat der Vermieter, sofern die Untermiete ausdrücklich verboten ist, ein volles Retentionsrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters, auch wenn der Untermieter seine Miete bezahlt hat. Man müsse

⁷⁴ BGE 50 III 96.

Brunner, 632.

Vetsch, 134.

⁷⁵ BGE 59 III 285.

ZR 53 (1954) 11 mit zahlreichen Hinweisen.

Sprenger, 121.

⁷⁶ von Büren, 102 bei FN 117.

⁷⁷ Vor der Revision des OR von 1911 war die Frage heftig umstritten (vgl. dazu die allenfalls rechtshistorisch noch interessanten Schriften von Keller Ernst, die durch ein Urteil des Zürcher Obergerichtes (ZR 1 (1902) 5 f.) ausgelöst wurden: Keller Ernst, Eine rechtlich- und sozialbedenkliche Gerichtspraxis, in: Zürcher Post 28 (1906) 26. und 27. Juli, und Keller Ernst, Zur Frage des Retentionsrechtes bei der Untermiete, Ansichten schweizerischer Juristen, gesammelt und bevorwortet von Keller Ernst (Rapperswil, 1906).

⁷⁸ Schönenberger/Schmid, Art. 272 – 274 N 16

Dies geht auch eindeutig aus den Materialien hervor: Protokoll der Expertenkommission vom 16. Oktober 1908, 9 f. und Huber, Stenographisches Bulletin Nationalrat, 19 (1909) 566: "Die Sachen, die ein Untermieter in die Wohnung einbringt, sollen nicht behandelt werden wie Sachen Dritter, die der Mieter einbringt. Dem Obervermieter soll an den Sachen des Untermieters ein Retentionsrecht zustehen, allein nur soweit und in dem Umfange, als der Untervermieter tatsächlich ein Retentionsrecht gegenüber dem Untermieter hat, also von diesem nicht befriedigt ist."

A.M. Entsch. AppGer BS 7 (1936 – 1940) 59 f., ohne Berücksichtigung der Materialien.

davon ausgehen, dass der Gesetzgeber, der das Retentionsrecht im Falle der Untermiete eingeschränkt habe, dies nur für die zulässige Untermiete vorgesehen habe⁷⁹.

Das Zürcher Obergericht hat in einem gleichen Fall anders entschieden, bzw. als Kassationsinstanz festgestellt, dass die gegenteilige Ansicht nicht gegen klares Recht verstosse, weil in dieser Frage der Schutz der Interessen des Untermieters hier eher als dringend erscheine, als jener des Vermieters⁸⁰.

2.232.122 *Literatur*

Nach Schönenberger/Schmid⁸¹ ist bei verbotener Untermiete der Untermieter als Dritter zu behandeln. Der Vermieter dürfe sich bei verbotener Untermiete darauf verlassen, dass ihm die eingebrachten Sachen voll haften, solange er vom Eigentum des Untermieters keine Kenntnis erhalten habe.

Die gleiche Ansicht vertritt Brunner⁸² unter Hinweis auf das oben zitierte Urteil des Genfer Obergerichts⁸³.

Sprenger⁸⁴ geht davon aus, dass die rechtliche Situation zwischen Vermieter und Untermieter die gleiche sei, ob die Untermiete erlaubt und vertragsmässig oder vertragswidrig erfolge. Es sei daher auch das Retentionsrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Untermieters das gleiche, ob die Untermiete vertragsmässig oder vertragswidrig erfolge.

2.232.13 *Lösungsvorschlag*

Auszugehen ist vom Wortlaut des Gesetzes. Art. 272 Abs. 2 OR spricht von Untermiete, ohne einen Unterschied zwischen erlaubter und unzulässiger Untermiete zu machen. Mit Sprenger⁸⁵ muss davon ausgegangen werden, dass verbotene Untermiete richtige Untermiete ist, denn ein allfälliges Untermietverbot berührt den Bestand des Untermietvertrages nicht⁸⁶. Die Materialien geben auf diese Frage keine Antwort. Aus der Systematik des Gesetzes folgt, dass zwischen dem Retentionsrecht an den eingebrachten Gegenständen des Untermieters und Dritten gehörenden Gegenständen grundsätzlich unterschieden wird⁸⁷; formell, indem die Regelung

⁷⁹ Sem.jud. 72 (1950) 489.

Sem.jud. 58 (1936) 427.

⁸⁰ ZR 53 (1954) 10 ff.

⁸¹ Schönenberger/Schmid, Art. 272 – 274 N 16.

⁸² Brunner, 631 f.

⁸³ Sem.jud. 58 (1936) 424 ff.

⁸⁴ Sprenger, 122 f.

⁸⁵ Vgl. vorn bei FN 84.

⁸⁶ Vgl. vorn 1.20 bei FN 198.

⁸⁷ Das ergibt sich auch aus den Materialien (vgl. FN 78).

in zwei verschiedenen Artikeln vorgenommen wird und materiell, indem der Dritte das Retentionsrecht durch Mitteilung an den Vermieter verhindern kann, welche Möglichkeit der Untermieter nicht hat.

Der Sinn und Zweck des Retentionsrechtes des Vermieters ist in seinem Kreditierungszwang zu sehen⁸⁸. Die Ausdehnung des Retentionsrechtes auf Sachen Dritter ist gerechtfertigt, da dieser ohne weiteres die Gefahr zum voraus erkennt, denn er muss ja die Gegenstände einem Nichteigentümer anvertrauen. Beim Untermieter trifft das nicht zu. Er weiss vielfach gar nicht, ob er Untermieter oder Mieter ist oder wird erst nachträglich ohne sein Zutun Untermieter⁸⁹, oder er ist über ein Untermietverbot nicht orientiert⁹⁰. Weil der Untermieter in einer näheren faktischen Beziehung zum Vermieter steht als ein gewöhnlicher Dritter, geht das Retentionsrecht des Vermieters ihm gegenüber weiter, ist aber andererseits im Umfang beschränkt. Würde bei verbotener Untermiete der Untermieter als Dritter im Sinne von Art. 273 OR behandelt, so würden die Interessen des Untermieters übermässig stark zugunsten des Vermieters eingeschränkt. In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass das Retentionsrecht des Vermieters nicht den Sinn hat, dem Vermieter eine absolute Sicherheit zu verschaffen⁹¹. Aus diesen Gründen ist m.E. auch bei verbotener Untermiete das Retentionsrecht des Vermieters beschränkt durch die Rechte des Mieters gegenüber dem Untermieter⁹².

2.232.14 Wirkungen des Retentionsrechtes

2.232.141 Praxis

Das Retentionsrecht des Vermieters ist in seinem Umfang abhängig von der Forderung und dem Retentionsrecht des Mieters gegenüber dem Untermieter. Wenn nun der Untermieter seine Mietzinsschulden jeweils pünktlich tilgt, so wird damit auch das Retentionsrecht des Vermieters an den Sachen des Untermieters abgewendet, unabhängig davon, ob der Vermieter eine entsprechende Zahlung erhält. Damit sich die Deckung, die der Vermieter durch den Retentionsvollzug erhalten hat, nicht nachträglich vermindert, hat der Untermieter künftig seine Mietzinsen an das Betreibungsamt für Rechnung des Mieters zu bezahlen⁹³.

⁸⁸ Oser/Schönenberger, Art. 272 N 29.

⁸⁹ Vgl. vorn 1.4.

⁹⁰ Unzutreffend ist m.E. die vom Genfer Appellationshof gemachte Überlegung, in Genf bilde das vertragliche Verbot der Untermiete die Regel (Sem.jud. 58 (1936) 427), denn das Gesetz geht in Art. 264 Abs. 1 OR von der Zulässigkeit der Untermiete aus (vgl. vorn 1.32).

⁹¹ Der Vermieter hat keinen Anspruch darauf, dass der Mieter das Mietobjekt mit genügend Retentionsgegenständen füllt.

⁹² Gl.M. von Büren, 103 FN 117.

⁹³ BGE 59 III 285 f.

2.232.142 Kritische Würdigung

Offenbar ging das Bundesgericht in BGE 59 III 285 f. davon aus, dass aus den Untermietzinsen vorab die Forderung des Vermieters zu decken sei. Damit hat das Bundesgericht faktisch ein Retentionsrecht des Vermieters an der Untermietzinsforderung geschaffen⁹⁴. Nicht beantwortet ist damit aber die Frage, wem die Mietzinsen zukommen sollen, wenn der Mieter neben dem Vermieter noch andere Gläubiger hat⁹⁵.

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes hat der Vermieter ein Retentionsrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters und nicht an der Untermietzinsforderung⁹⁶. M.E. geht es nicht an, über die Rechtsprechung ein solches Retentionsrecht an der Untermietzinsforderung einzuführen. Die Situation für den Vermieter mag zwar auf den ersten Blick stossend wirken. Andererseits ist nicht einzusehen, wieso der Vermieter ohne gesetzliche Grundlage gegenüber den anderen Gläubigern privilegiert behandelt werden soll⁹⁷. Er wird schon durch das Retentionsrecht an und für sich privilegiert. Irgendwo muss auch dieses Sonderrecht eine Grenze haben. Man kann daher nicht sagen, dem Gesetz lasse sich nur eine unbefriedigende, an Missbrauch grenzende Lösung entnehmen⁹⁸. Damit ist aber der Weg für eine Lückenfüllung verschlossen⁹⁹, und es muss bei der allerdings nicht besonders glücklichen gesetzlichen Lösung bleiben.

2.232.143 Vorschlag *de lege ferenda*

Sofern überhaupt ein Retentionsrecht des Vermieters beibehalten werden soll¹⁰⁰, wäre m.E. dem Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht an der Untermietzinsforderung einzuräumen. Damit wäre einerseits eine logisch saubere Lösung vorhanden und andererseits die für den Vermieter nicht gerade befriedigende Situation verbessert.

⁹⁴ Nach Becker (Art. 272 N 5 am Ende) haften dem Vermieter neben den Illaten des Mieters auch dessen Mietzinsforderungen aus Untermiete.

Gl.M. Eichenberger, 67.

⁹⁵ Pfändungsgläubiger oder nicht privilegierte Gläubiger in einem Konkursverfahren.

⁹⁶ Nach Brander (116 f.) ist ein Retentionsrecht des Vermieters an der Untermietzinsforderung schon vom Wortlaut des Gesetzes ("... Retentionsrecht an den beweglichen Sachen ...") [Art. 272 Abs. 1 OR] her ausgeschlossen.

⁹⁷ BGE 60 III 222.

⁹⁸ Meier-Hayoz, Art. 1 N 271 am Ende und 296.

⁹⁹ Meier-Hayoz, Art. 1 N 302.

¹⁰⁰ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Berechtigung des Vermieterretentionsrechts generell, sind doch heute die Mietzinsen praktisch immer vorschüssig zu bezahlen und verlangen die Vermieter häufig ein Mietzinsdepot.

2.232.2 *Das Retentionsrecht des Vermieters an den vom Untermieter eingebrachten Sachen Dritter*

Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten, die vom Untermieter eingebrachten Gegenstände Dritter zu behandeln: Entweder ist Art. 272 Abs. 2 OR oder Art. 273 OR anwendbar^{101 102}. M.E. lässt sich die Problematik wie folgt lösen: Im Verhältnis Mieter – Untermieter – Dritter ist Art. 273 OR anwendbar, denn dass der Mieter nicht Eigentümer der Liegenschaft ist, ist für sein Retentionsrecht ohne Belang¹⁰³. Andererseits ist der Umfang des Retentionsrechtes des Vermieters an den vom Untermieter eingebrachten Gegenständen abhängig vom Recht des Mieters gegenüber dem Untermieter. Demzufolge ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes, dass Art. 272 Abs. 2 OR auch auf die vom Untermieter eingebrachten Gegenstände Dritter Anwendung findet. Daraus folgt auch, dass es genügt, wenn der Dritte dem Mieter Anzeige von seinem Eigentum erstattet und dass eine allfällige Anzeige an den Vermieter ohne Bedeutung ist¹⁰⁴.

2.24 *Rechte des Untermieters*

Der Untermieter hat keine besonderen Rechte gegen den Vermieter, da er mit diesem weder in einem Vertragsverhältnis steht, noch sich solche Rechte aus dem Gesetz ergeben¹⁰⁵. Dagegen kann sich der Untermieter bei Störung oder Entzug seines Besitzes auch gegenüber dem Vermieter auf seinen Besitz berufen^{106 107} oder sich bei einer Schädigung durch den Vermieter auf Art. 41 ff. OR berufen¹⁰⁸.

2.3 *Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter*

2.30 *Allgemein*

Der Mietvertrag zwischen Vermieter und Mieter wird von der Untermiete grundsätzlich nicht berührt. Trotzdem stellen sich in diesem Zusammenhang einige Fragen.

¹⁰¹ Brander, 121 f.

Vgl. auch ZR 14 (1915) 73 ff.

¹⁰² Das Problem ist in der Praxis allerdings von geringer Bedeutung.

¹⁰³ Vgl. vorn 0.1 FN 6.

¹⁰⁴ Gl.M. Schatzmann, 63 f.

A.M. ohne nähere Begründung Schönenberger/Schmid, Art. 272 – 274 N 15 und 38, obwohl sie die Ansicht vertreten, die Gegenstände Dritter, die der Untermieter einbringe, hafteten nur im Rahmen von Art. 272 Abs. 2 OR.

A.M. ohne nähere Begründung Dürr, Art. 272 Absatz II lit. a.

A.M. Oser/Schönenberger (Art. 274 N 3), die davon ausgehen, das Retentionsrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Untermieters sei selbständiger Natur (vgl. vorn 2.232.10).

¹⁰⁵ Oser/Schönenberger, Art. 264 N 13.

¹⁰⁶ Vgl. ZR 28 (1929) 8.

¹⁰⁷ Vgl. Stark, Vorbemerkungen Besitzerschutz, Art. 926 – 929, N 62.

¹⁰⁸ Maximen 7 (1929) 39.

2.31 *Rechte des Mieters*

Die Rechte des Mieters ergeben sich aus dem Mietvertrag mit dem Vermieter. Daraus ist auch ersichtlich, ob der Mieter berechtigt ist, das Mietobjekt weiterzuvermieten¹⁰⁹. Er kann, sofern die Untermiete erlaubt ist, vom Vermieter die Überlassung des Mietobjektes an den Untermieter verlangen und gerichtlich geltend machen¹¹⁰.

2.32 *Rechte des Vermieters*

Der Vermieter kann vom Mieter verlangen, dass der Untermieter das Mietobjekt nur vertragsgemäss gebraucht. Hält sich der Untermieter trotz Abmahnung des Vermieters an den Mieter nicht an den Mietvertrag, kann der Vermieter den Mietvertrag nach Art. 261 Abs. 2 OR auflösen¹¹¹.

2.33 *Pflichten des Mieters*

2.330 **Vorbemerkung**

Im Rahmen dieser Arbeit interessiert, wie weit der Mieter vom Vermieter für Handlungen des Untermieters haftbar gemacht werden kann. In Frage kommen zwei Bestimmungen, nämlich Art. 264 Abs. 2 OR und Art. 101 OR. Die Rechtsprechung und die Literatur zu diesem Problem sind kontrovers.

2.331 **Rechtsprechung**

Gemäss einem Urteil des Zürcher Obergerichts¹¹² haftet der Mieter für den Untermieter gestützt auf Art. 264 Abs. 2 OR und für andere, denen er den Gebrauch überlassen hat, gestützt auf Art. 101 Abs. 1 OR. Unabhängig davon, ob er die Mietsache befugter- oder unbefugterweise weitervermietet, hafte er für das Verschulden des Untermieters wie für sein eigenes.

In einem andern Fall machte das Obergericht Zürich folgende Ausführungen: "... der Mieter haftet für das vertragswidrige Verhalten seines Untermieters genau

¹⁰⁹ Vgl. dazu vorn 1.122.

¹¹⁰ BGE 36 II 185.

¹¹¹ Vgl. dazu 1.2.

¹¹² ZR 37 (1938) 354.

gleich wie für sein eigenes, vorbehältlich des Nachweises, dass er alles in seinen Kräften stehende getan habe, um jenes zu verhindern”¹¹³.

Im Jahre 1925 fand das Obergericht Zürich, der Mieter hafte nach Art. 264 Abs. 2 OR dafür, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebrauchte, als es dem Mieter erlaubt sei. Dafür hafte er ohne Verschulden, und ein Entlastungsbeweis sei wie bei Art. 101 Abs. 1 OR nicht möglich¹¹⁴.

Nach einem Urteil des Kantonsgerichtes Graubünden kommt nicht Art. 101 OR zur Anwendung, sondern als *lex specialis* Art. 264 Abs. 2 OR¹¹⁵.

2.332 Literatur

Oser/Schönenberger vertreten die Ansicht, für den aus dem vertragswidrigen Gebrauch des Untermieters etwa entstandenen Schaden hafte der Untermieter gemäss Art. 101 OR, also mit beschränkter¹¹⁶ Entlastungsmöglichkeit¹¹⁷.

Nach Schönenberger/Schmid haftet der Mieter dem Vermieter nach den Grundsätzen des Art. 101 OR für das Verhalten des Untermieters beim Gebrauch der Mietsache. Davon könne er sich nur befreien, wenn er nachweise, dass auch ihm selber, wenn er anstelle des Untermieters gehandelt hätte, kein Verschulden vorgeworfen werden könne¹¹⁸.

Nach Becker haftet der Mieter ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden nach Art. 264 Abs. 2 OR¹¹⁹ dafür, dass die Sache vertragsgemäss mit aller Sorgfalt benutzt und behütet werde. Die Frage nach der Haftung stelle sich also so, ob der Mieter selbst, hätte er sich gleich verhalten wie der Untermieter, haftbar geworden wäre. Sei dies der Fall, so müsse er für den Untermieter eintreten¹²⁰.

Brunner schliesst aus dem Wortlaut (haften statt verursachen [wie z.B. bei Art. 55 und 56 OR und Art. 333 ZGB]), dass es sich bei Art. 264 Abs. 2 OR um eine Verschuldenshaftung handelt, weist aber auf die gegenteilige Praxis des Zürcher Obergerichts hin¹²¹.

¹¹³ ZR 25 (1926) 161.

Gl.M. ZR 21 (1922) 13.

Allerdings in beiden Fällen als Voraussetzung für die Mietvertragsauflösung wegen vertragswidrigen Verhaltens des Untermieters.

¹¹⁴ ZR 25 (1926) 361.

¹¹⁵ PKG (1946) 11.

¹¹⁶ Der Geschäftsherr hafte nicht, wenn ihm selbst das Verhalten der Hilfsperson nicht als Verschulden angerechnet werden könnte (Oser/Schönenberger, Art. 101 N 12).

¹¹⁷ Oser/Schönenberger, Art. 264 N 14.

¹¹⁸ Schönenberger/Schmid, Art. 264 N 17.

¹¹⁹ Becker, Art. 264 N 8.

¹²⁰ Becker, Art. 264 N 7.

¹²¹ Brunner, 480 f.

2.333 Lösungsvorschlag

Der Wortlaut ("haftet") deutet auf das Einstehenmüssen für eine andere Person hin und zwar uneingeschränkt, also inklusive Schadenersatz. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 264 OR (= Art. 285 aOR) lässt sich nur sehr wenig ableiten. Gemäss Entwurf¹²² sollte Art. 296 Abs. 2 (= Art. 285 aOR)¹²³ wie folgt lauten: "Hat eine Untervermietung stattgefunden, so haftet der Untervermieter dafür, dass sein Miether mit der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters verfähre." Diese Formulierung weist m.E. eher auf eine haftpflichtrechtliche Bestimmung hin.

Sinn und Zweck dieser Bestimmung dürfte darin bestehen, den Vermieter, der eine ihm vertraglich nicht verbundene Person als wirtschaftlichen Nutzniesser seines Eigentums dulden muss, zu schützen, indem dem Mieter die ganze Verantwortung für den Untermieter überbunden werden sollte. Daher ist nicht einzusehen, wieso gerade das haftpflichtrechtliche Einstehenmüssen des Vermieters von Art. 264 Abs. 2 OR ausgenommen sein soll.

Aus der Systematik des Gesetzes lässt sich nichts ableiten, denn Art. 264 Abs. 2 OR ist überflüssig. Die Haftpflicht des Mieters für den Untermieter ergäbe sich aus Art. 101 OR¹²⁴, und wenn der Untermieter den mietvertragsgemässen Gebrauch überschreitet, entsteht für den Vermieter eine nachteilige Veränderung, deren Folgen unabhängig von Art. 264 Abs. 2 OR eintreten^{125 126}.

Offenbar hat der Gesetzgeber hier lediglich zur Verdeutlichung ausgeführt, dass der Mieter für den Untermieter haftet. Daher geht m.E. Art. 264 Abs. 2 OR als lex specialis Art. 101 OR vor¹²⁷, obwohl das an der Rechtslage nichts ändert.

Die Haftung für andere Personen findet immer dort ihre Grenze, wo der Geschäftsherr, hätte er gleich gehandelt, nicht mehr haftpflichtig wäre¹²⁸. Es kann nämlich nicht der Sinn des Gesetzes sein, dass der Geschäftsherr für etwas, was er durch Dritte vornehmen liess, haftet, obwohl er nicht haften würde, wenn er die schädigende Handlung selber vorgenommen hätte¹²⁹.

2.34 Pflichten des Vermieters

Die Pflichten des Vermieters ergeben sich aus dem Mietvertrag. Ist die Untermiete zulässig¹³⁰, so ist der Vermieter verpflichtet, den Untermieter zu dulden¹³¹.

¹²² Bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. – 21. Mai 1876 und vom 18. September – 17. Oktober 1876.

¹²³ Der dem heutigen Art. 264 OR entspricht.

¹²⁴ BGE 92 II 15 ff. und 235 ff.

¹²⁵ Janggen, 94 f.

¹²⁶ Daher kommt der Frage auch kaum eine praktische Bedeutung zu.

¹²⁷ Gl.M. ohne Begründung Fick, Art. 264 N 13.

¹²⁸ Oser/Schönenberger, Art. 101 N 12.

¹²⁹ Becker, Art. 264 N 7.

Vgl. FN 120.

¹³⁰ Vgl. vorn I.1.

¹³¹ BGE 36 II 185 f.

3. Beendigung der Untermiete

3.0 Allgemein

Für die Beendigung der Untermiete gelten die gleichen Regeln wie für die Beendigung der Miete. Der Untermietvertrag wird somit durch ordentliche oder ausserordentliche Gründe aufgelöst¹.

3.1 Wirkung der Auflösung des Mietvertrages auf die Untermiete

Die Auflösung des Mietvertrages hat ebensowenig einen Einfluss auf den Bestand des Untermietvertrages, wie das Verbot der Untermiete². Der Untermietvertrag wird somit von der Auflösung des Mietvertrages nicht berührt³, "lediglich" die Erfüllung des Untermietvertrages ist dem Mieter nicht mehr möglich. Der Untermieter kann sich gestützt auf Art. 102 – 107 OR am Mieter schadlos halten⁴.

3.2 Erstreckung des Untermietverhältnisses

3.21 *Beschränkt auf die Dauer des Mietvertrages*

Auch bei der Untermiete kann die Erstreckung des Mietverhältnisses erfolgen, doch darf das Untermietverhältnis vom Richter nicht über den Zeitpunkt hinaus erstreckt werden, in welchem das Mietverhältnis des Untervermieters aufgelöst

¹ Näheres dazu bei Sprenger, 3. Kapitel (93 ff.).

² Vgl. vorn 1.20 bei FN 98.

³ Brunner, 471, allerdings mit missverständlicher Formulierung.

Rosin, 81 f.

Kantorowicz, 70.

A.M. Maximen 8 (1939) 1010, wobei aber für die Beurteilung lediglich massgebend war, dass der Unterpächter sich dem Verpächter gegenüber nicht auf den Unterpachtvertrag berufen konnte.

⁴ Näheres dazu vorn 2.111.

wird⁵. Eine Erstreckung des Untermietverhältnisses über den Zeitpunkt hinaus, in dem das Mietverhältnis endet, ist somit ausgeschlossen⁶. Dies gilt auch dann, wenn der Mieter es unterlassen hat, selber Mieterstreckung zu verlangen, der Mieter eine vertragswidrige Kündigung des Vermieters akzeptiert hat oder Mieter und Vermieter den Mietvertrag im gegenseitigen Einverständnis vorzeitig auflösen. Sind der Vermieter und der Mieter durch gegenseitige Interessen verbunden, können sie dem Untermieter jede Mieterstreckung zum vornherein verunmöglichen⁷. Stimmt allerdings der Mieter der vertragswidrigen Auflösung des Mietvertrages nur formell zu, um ihn aber in Wirklichkeit weiterzuführen, so ist die Berufung auf die Beendigung des Mietvertrages rechtsmissbräuchlich und deshalb unbeachtlich^{8 9}. Das gilt auch für den Fall, dass die Untermiete nur der Schlechterstellung des Mieters für den bereits vorgesehenen Kündigungsfall dienen soll¹⁰.

3.22 *Gegenüber dem Mieter*

Das Begehren des Untermieters hat sich gegen den Mieter und nicht gegen den Vermieter zu richten¹¹, denn der Untermieter ist nur mit dem Mieter vertraglich verbunden. Moser¹² schlägt vor, dem Untermieter das Recht zu geben, das Erstreckungsbegehren direkt gegen den Vermieter zu richten. Vor allem sei diese Lösung gerechtfertigt, wenn der Mieter die Räume ganz oder zur Hauptsache untervermietet habe, da in einem solchen Fall der Mieter unter Umständen ein sehr geringes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses habe. Seines Erachtens bestehe kein Grund, dem Untermieter allein deshalb den Schutz des Gesetzes zu verweigern, weil er mit dem Hauptvermieter in keinem Vertragsverhältnis stehe. Es dürfe nämlich nicht übersehen werden, dass auch zwischen dem Hauptvermieter und dem Untermieter ein Sonderverhältnis bestehe. Dies zeige sich darin, dass der Hauptvermieter den Untermieter unmittelbar zur Einhaltung vertraglicher Pflichten anhalten könne (Art. 264 Abs. 3 OR).

⁵ Art. 267 d Abs. 1 OR.

⁶ Hunziker, 6.

Wegmann, 181.

Vgl. ZBJV 84 (1948) 92: Mieterstreckungsverfahren, nach dem damals gültigen Mieterschutzrecht.

⁷ Gmür/Caviezel, 20.

Moser, 140.

⁸ Obergericht Zürich, Beschluss vom 21.9.1972, angeführt bei Wegmann, 182.

⁹ BGE 87 I 443 f.

¹⁰ BJM (1972) 293 ff.

¹¹ Schönenberger/Schmid, Art. 267 d N 1 und 2.
Gmür/Caviezel, 20.

Hunziker, 6.

¹² Moser, 140.

Die Befolgung dieses Vorschlages würde zum an sich unmöglichen Ergebnis führen, dass die Mietverträge zwischen Vermieter und Mieter und Mieter und Untermieter aufgelöst wären und der Untermieter trotzdem im Mietobjekt verbleiben könnte, gestützt auf ein Mieterstreckungsverfahren des Untermieters gegen den Vermieter, mit dem er niemals vertraglich verbunden war. Der Richter kann in solchen Fällen, da dies im Gesetz nicht vorgesehen ist, weder ein faktisches Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter schaffen, noch den Miet- wie auch den Untermietvertrag¹³ erstrecken, noch einen neuen Mietvertrag zwischen Vermieter und Untermieter schaffen.

Dem Untermieter steht somit kein direktes Klagerecht gegen den Vermieter zu¹⁴.

3.23 *Eigenbedarf des Mieters*

Es stellt sich die Frage, ob sich der Mieter gegenüber dem Untermieter auf Eigenbedarf berufen kann. Nach dem Wortlaut der deutschen ("Vermieter") und der italienischen Fassung ("locatore") von Art. 267 c lit. c OR, könnte diese Frage bejaht werden, während der französische Wortlaut vom Eigenbedarf des Eigentümers ("propriétaire") ausgeht. In einem ausführlich begründeten Entscheid hat das Zürcher Obergericht der französischen Fassung den Vorzug gegeben¹⁵. Es stellte fest, der sehr weitgehende Schutz, den die Möglichkeit der Anrufung des Eigenbedarfs biete, könne nur als Folge der ganz besonderen Stellung des Eigentümers verstanden werden. Er stehe rechtlich in einem viel engeren Verhältnis zum Mietgegenstand als ein blosser Mieter. Die Verantwortung und die Lasten, welche der Eigentümer trage, rechtfertigten es, ihm das Recht zur Anrufung des Eigenbedarfes einzuräumen. Dagegen bestehe kein Anlass, den Mieter gegenüber dem Untermieter zu privilegieren, da beide in einem rein obligatorischen Rechtsverhältnis zur Mietsache stünden und ihnen im wesentlichen die gleichen Rechte und Pflichten zukämen. Den Eigenbedarf könne demzufolge nur der zivilrechtliche Eigentümer geltend machen.

M.E. kann sowohl dem Entscheid als auch der Begründung vorbehaltlos zugestimmt werden, da das Gesetz den Eigentümer und nicht irgendwelche obligatorisch Berechtigte schützen will.

¹³ Ohne dass dem Mieter, der ja bei beiden Verträgen Partei ist, im Erstreckungsverfahren Parteistellung zukommen würde.

¹⁴ Gl.M. Hunziker, 6 (unzutreffend zitiert in SJK Nr. 362).

¹⁵ ZR 70 (1971) 327.

3.3 Rechte des Vermieters, wenn der Untermieter die Rückgabe verweigert

3.30 Allgemein

Offen bleibt noch, wie der Vermieter vorgehen kann, wenn der Untermieter trotz aufgelöstem Mietvertrag das Mietobjekt nicht zurückgibt. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Untermietvertrag ebenfalls aufgelöst wurde, denn das Verhältnis Vermieter-Mieter wird vom Untermietvertrag nicht berührt¹⁶. Auf jeden Fall kann der Untermieter nicht gestützt auf den Ausweisungsbefehl gegen den Mieter ausgewiesen werden, denn ein Ausweisungsbefehl bindet wie jedes andere Urteil nur die am Verfahren beteiligten Parteien¹⁷. Im Prozess gegen den Mieter hat ihm das Gericht eine Frist anzusetzen, die genügend lang bemessen sein muss, damit er ein allfällig notwendiges Ausweisungsverfahren gegen den Untermieter durchführen kann, denn ein Leistungsurteil ist nur dann sinnvoll, wenn die Leistung nicht unmöglich ist¹⁸.

3.31 Kein obligatorischer Rückgabeanspruch

Wenn der Mieter, der dem Vermieter zur Rückgabe verpflichtet ist, die Sache einem Untermieter überlässt, hat der Vermieter grundsätzlich keinen obligatorischen Rückgabeanspruch gegenüber dem Untermieter, da zwischen ihnen kein obligatorisches Rechtsverhältnis besteht, soweit es sich nicht aus dem Gesetz ergibt^{19 20}. Art. 264 Abs. 3 OR gestattet dem Vermieter, den Untermieter unmittelbar zur ordnungsgemässen Benutzung der Sache anzuhalten. Die Rückgabepflicht geht weiter als das Unterlassen des Gebrauchs²¹, so dass es nicht möglich ist, in Art. 264 Abs. 3 OR einen obligatorischen Rückgabeanspruch des Vermieters gegenüber dem Untermieter zu erblicken²². Mit von Tuhr/Peter²³ ist aber de lege ferenda ein solcher

¹⁶ Vgl. vorn 3.1.

¹⁷ Guldener, 624.

Sträuli/Messmer, § 305 N 1 und 3.

A.M. Brunner, 503.

A.M. ohne Begründung Maximen 8 (1939) 1009 f.

¹⁸ ZBJV 61 (1925) 76.

Im konkreten Fall wurde der Mieterin eine Frist von nur 14 Tagen angesetzt!

¹⁹ von Tuhr/Peter, 138.

²⁰ Davon abgewichen ist entsprechend einem als dringend betrachteten praktischen Bedürfnis § 556 Abs. 3 BGB, indem er dem Vermieter gestattet, den obligatorischen Rückgabeanspruch gegen einen Dritten zu richten, welchem der Schuldner die Sache überlassen hat (von Tuhr/Peter, 138).

²¹ Schönenberger/Schmid, Art. 271 N 1.

²² Maximen 9 (1946) 361.

Schönenberger/Schmid, Art. 271.

²³ von Tuhr/Peter, 138.

zu fordern, insbesondere, um die ungenügende Rechtslage des Vermieters, der nicht Eigentümer ist²⁴, zu verbessern.

3.32 *Kein Anspruch aus Besitz*

Aus Besitz²⁵ hat der Vermieter keinen Rückgabeanspruch gegen den Untermieter. Die Klage aus Besitzesentziehung²⁶ kommt für den Vermieter nicht in Betracht, da ihm das Mietobjekt nicht durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde^{27 28 29}. Die Klage aus Besitzesstörung³⁰ geht nur auf Beseitigung der Störung, Unterlassung fernerer Störung und Schadenersatz, nicht aber auf Rückgabe der Sache, wie sie der Vermieter benötigen würde. Die Besitzesrechtsklage steht ihm in einem solchen Fall nicht zur Verfügung, denn das Mietobjekt ist ihm weder abhanden gekommen³¹, noch hat der Untermieter den Besitz in bösem Glauben erworben^{32 33 34}.

3.33 *Anspruch aus Eigentum*

Sofern der Vermieter zugleich Eigentümer des Mietobjektes ist (was in der Regel zutreffen dürfte³⁵), kann er gestützt auf seinen Eigentumsanspruch³⁶ vom Untermieter die Rückgabe des Mietobjektes verlangen³⁷.

²⁴ Vgl. unten 3.32.

²⁵ Vgl. vorn 1.220.

²⁶ Art. 927 ZGB.

²⁷ Anders bei verbotener Untermiete, vgl. vorn 1.222.

²⁸ Oser/Schönenberger, Art. 264 N 13.

²⁹ A.M. Maximen 8 (1939) 1009, allerdings ohne dies näher zu begründen.
A.M. Maximen 10 (1949) 570, unter Berufung auf Maximen 8 (1939) 1009.

³⁰ Art. 928 ZGB.

³¹ Art. 934 ZGB.

³² Art. 936 ZGB.

³³ Oser/Schönenberger, Art. 264 N 13.

Hinderling, 11 ff. und 40.

von Tuhr/Peter, 137.

³⁴ Maximen 9 (1946) 361.

ZBJV 61 (1925) 74.

³⁵ Vgl. dazu vorn 0.6.

³⁶ Art. 641 Abs. 2 ZGB.

³⁷ Maximen 9 (1946) 362.

SBHE 13 (1894) 68.

ZBJV 61 (1925) 75.

Meyer-Hayoz, Art. 641 N 54.

Oser/Schönenberger, Art. 264 N 13.

Heuberger, 121.

von Tuhr/Peter, 137.

3.34 Schadenersatzanspruch

Verbleibt der Untermieter trotz aufgelöstem Mietvertrag³⁸ im Mietobjekt, verletzt der Mieter den Mietvertrag, denn er ist verpflichtet, die ordnungsgemässe Rückgabe an den Vermieter vorzunehmen. Für das Verhalten des Untermieters muss er einstehen³⁹. Es ist Sache des Mieters, die notwendigen Verfahren gegen seinen Untermieter durchzuführen, um ihn aus dem Mietobjekt zu bringen⁴⁰. In einem solchen Fall muss der Mieter nicht etwa einfach den Mietzins weiterbezahlen bis der Untermieter das Mietobjekt zurückgegeben hat, sondern er hat dem Vermieter Schadenersatz zu leisten⁴¹. Dieser kann je nach den besonderen Umständen höher⁴² oder tiefer⁴³ sein als der Mietzins.

3.35 Kritische Würdigung

Der Vermieter, der nicht Eigentümer seines Mietobjektes ist, kann somit vom Untermieter trotz aufgelösten Mietvertrags, die Rückgabe des Mietobjektes nicht verlangen⁴⁴. Kann er zudem noch vom Mieter keinen Schadenersatz fordern⁴⁵, ist die Rechtslage für den Vermieter denkbar schlecht. Er hat einzig die Möglichkeit, den Eigentümer zu veranlassen, die Rückgabe vom Untermieter gestützt auf seine Rechte aus Eigentum⁴⁶ zu verlangen. Daher ist wie bereits erwähnt⁴⁷ de lege ferenda ein obligatorischer Rückgabeanspruch des Vermieters einzuführen.

³⁸ Unabhängig davon, ob der Untermietvertrag weiterhin besteht.

³⁹ VJS 4 (1904) 128.

ZBJV 84 (1948) 93.

Vgl. vorn 2.33.

⁴⁰ ZBJV 84 (1948) 93.

⁴¹ Sem.jud. 72 (1950) 493 f.

ZBJV 40 (1904) 710.

⁴² Z.B. wenn das Mietobjekt bereits weitervermietet wurde.

⁴³ Z.B. wenn das Mietobjekt sonst leergestanden hätte.

⁴⁴ Vgl. oben 3.31, 3.32 und 3.33.

⁴⁵ Z.B. weil er nicht auffindbar ist.

⁴⁶ Art. 641 Abs. 2 ZGB.

⁴⁷ Vgl. vorn 3.31 bei FN 23.

4. Der Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972, insbesondere der missbräuchliche Mietzins

Auch die Untermietverhältnisse unterstehen dem BMM¹. Allerdings ist der in der Praxis wohl am häufigsten auftretende Fall, nämlich die Untermiete von möblierten und unmöblierten Einzelzimmern, ausgenommen².

Bei der Anwendung des Bundesbeschlusses auf Untermietverhältnisse stellen sich keine besonderen Probleme, weshalb auf die allgemeine Literatur verwiesen werden kann³.

Einzig im Zusammenhang mit der Anfechtung missbräuchlicher Mietzinsen können sich spezielle Probleme ergeben.

Nach dem BMM kann der Mieter Mietzinserhöhungen innert dreissig Tagen seit Empfang der Mitteilung bei der Schlichtungsstelle als missbräuchlich anfechten⁴. Mietzinse sind dann missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag erzielt wird⁵. Der Gesetzgeber hat den Begriff des "missbräuchlichen Mietzinses" näher umschrieben, indem er festgelegt hat, wann ein Mietzins in der Regel nicht missbräuchlich ist^{6 7}.

Wenn der Vermieter dem Mieter den Mietzins erhöht, wird der Mieter in der Regel diese Mietkosten auf den Untermieter abwälzen. Will nun der Untermieter diese Mietzinserhöhung anfechten, scheint dieses Unterfangen vorerst aussichtslos zu sein, da der Mieter die Mietzinserhöhung mit der eigenen Kostensteigerung begründen kann⁸.

Hat der Vermieter den Mietzins grundlos, d.h. ohne rechtlich ausreichenden Grund erhöht, und der Mieter die Anfechtung aus Bequemlichkeit, oder weil er sich mit dem Vermieter zusammentut⁹, unterlassen, wäre der Untermieter, der als letztes Glied in der Kette die Mietzinserhöhung trägt, der Leidtragende.

¹ Müller, 78 mit Hinweisen.

² Art. 4 lit. a VO BMM.

³ Z.B. Müller.

⁴ Art. 19 Abs. 1 BMM.

⁵ Art. 14 Abs. 1 BMM.

⁶ Art. 15 BMM.

⁷ Oberholzer, 147.

⁸ Art. 15 Abs. 1 lit. b BMM.

⁹ Vgl. BJM (1972) 253, wo es um die Schlechterstellung des Untermieters im Zusammenhang mit der bereits vorgesehenen Kündigung ging.

Diese Betrachtungsweise führt zu einem unbilligen Ergebnis, denn es ist nicht richtig, wenn die Anfechtungsmöglichkeit des Untermieters davon abhängt, ob der Mieter den Mietzins anfechtet oder nicht.

Nach Art. 14 Abs. 2 BMM sind Mietzinse auch missbräuchlich, wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen¹⁰. Der Mieter zahlt zwar keinen Kaufpreis, erwirbt aber gegen Zahlung des Mietzinses ein persönliches Recht an der Sache. Ob der Mieter einen missbräuchlichen Mietzins aufgrund eines offensichtlich übersetzten Kaufpreises oder ob der Untermieter einen missbräuchlichen Mietzins aufgrund eines offensichtlich übersetzten Mietzinses des Mieters bezahlen soll, ist wirtschaftlich das Gleiche. Deshalb kann m.E. in solchen Fällen Art. 14 Abs. 2 BMM analog angewendet werden, d.h. der Untermieter kann eine Untermietzinserhöhung anfechten, wenn sie auf einem offensichtlich überhöhten Hauptmietzins beruht.

Das führt dazu, dass der Mieter unter Umständen billiger weitervermieten muss, als er selber mietet. Dieses auf den ersten Blick ebenfalls unbillige Ergebnis rechtfertigt sich dadurch, dass der Untermieter nur dann die Mietzinserhöhung anfechten kann, wenn sie auf einem offensichtlich überhöhten Mietzins beruht, was der Mieter zum voraus hätte erkennen können und müssen.

Bei der Prüfung, ob ein Mietzins bei einem Untermietverhältnis missbräuchlich ist, sind neben den allgemeinen Grundsätzen¹¹ folgende Punkte zu beachten:

Der Mieter darf und soll einen Gewinn aus der Untermiete erzielen. Er muss seine Investitionen verzinsen können. Seine hauptsächliche Investition besteht aus dem Mietzins, der sein risikotragendes Kapital darstellt. Das risikotragende Kapital besteht aus dem Gesamtmietzins, den der Mieter für die untervermieteten Räumlichkeiten während einer Mietperiode, das heisst von Kündigungstermin zu Kündigungstermin, bezahlen muss. Die Höhe des Zinses hängt vom jeweils üblichen Bankdebitorenzins ab¹².

Vielfach werden vom Mieter zusätzliche Leistungen erbracht, wie z.B. Möblierung, Bettwäsche, Reinigung, Frühstück¹³ usw. Das alles sind Faktoren, die bei der Beurteilung, ob der Mietzins eines Untermietverhältnisses missbräuchlich ist oder nicht, zu beachten sind.

¹⁰ Vgl. dazu Hauri, 107 ff.

¹¹ Art. 14 und 15 BMM.

¹² Also zur Zeit etwa 8%.

¹³ Heute eher selten.

5. Anhang

Verzeichnis mit Konkordanzregister der in der vorliegenden Arbeit zitierten Entscheide, die die Untermiete betreffen

BGE

- BGE 105 III 80 = Praxis 68 (1979) 711
BGE 93 II 453 = Praxis 57 (1968) 401
Sem.jud. 90 (1968) 592
BGE 87 I 441 = Praxis 51 (1962) 160
BGE 81 II 346 = Praxis 44 (1955) 584
Sem.jud. 78 (1956) 368*
BGE 73 IV 170 = Praxis 36 (1947) 352
BGE 67 II 139 = Praxis 30 (1941) 244
Sem.jud. 63 (1941) 570*
(vorinstanzlicher Entscheid in RB Solothurn (1940) 126)
BGE 60 III 222 = Praxis 24 (1935) 105
BGE 59 III 285 = Praxis 23 (1934) 55
BGE 54 II 395 = Praxis 17 (1928) 611
BGE 50 III 94
BGE 39 II 702 = Praxis 3 (1914) 3
BGE 38 II 151 = Praxis 1 (1912) 335
(vorinstanzlicher Entscheid in Sem. jud. 34 (1912) 327 und
in SJZ 8 (1912) 370*)
BGE 38 II 573
BGE 36 II 183 = ZBJV 46 (1910) 365*
SJZ 7 (1910/11) 224*
(vorinstanzlicher Entscheid in ZBJV 46 (1910) 489)

BJM

BJM (1972) 293

Bei den mit einem Sternchen (*) bezeichneten Stellen ist nicht das vollständige Urteil wiedergegeben.

Entsch. AppGer BS

Entsch. AppGer BS 9 (1946 – 1952) 193 = SJZ 44 (1948) 144*

Entsch. AppGer BS 9 (1946 – 1952) 194 = SJZ 44 (1948) 210*

Entsch. AppGer BS 7 (1936 – 1940) 59 = SJZ 36 (1939/40) 338*

Maximen

Maximen 10 (1949) 570

Maximen 9 (1946) 359

Maximen 9 (1946) 361

Maximen 8 (1939) 1009

Maximen 7 (1929) 39

Maximen 6 (1924) 56

PKG

PKG (1946) 11

Praxis

Praxis 68 (1979) 711 = BGE 105 III 80

Praxis 57 (1968) 401 = BGE 93 II 453

Sem. jud. 90 (1968) 592

Praxis 51 (1962) 160 = BGE 87 I 441

Praxis 44 (1955) 584 = BGE 81 II 346

Sem. jud. 78 (1956) 368*

Praxis 36 (1947) 352 = BGE 73 IV 170

Praxis 30 (1941) 244 = BGE 67 II 139

Sem. jud. 63 (1941) 570*

(vorinstanzlicher Entscheid in RB Solothurn (1940) 126)

Praxis 24 (1935) 105 = BGE 60 III 222

Praxis 23 (1934) 55 = BGE 59 III 285

Praxis 17 (1928) 611 = BGE 54 II 395

Praxis 3 (1914) 3 = BGE 39 II 702

Praxis 1 (1912) 335 = BGE 38 II 151

(vorinstanzlicher Entscheid in Sem. jud. 34 (1912) 327
und SJZ 8 (1912) 370*)

RB Solothurn

RB Solothurn (1940) 126 (vgl. BGE 67 II 139

Praxis 30 (1941) 244

= Sem. jud. 63 (1941) 570*)

Revue

Revue 9 (1891) 135

SBHE

SBHE 13 (1894) 68

Sem. jud.

Sem. jud. 98 (1976) 541

Sem. jud. 97 (1975) 181 (in der amtlichen Sammlung nicht publizierter Bundesgerichtsentscheid vom 21. Mai 1974)

Sem. jud. 90 (1968) 592 = BGE 93 II 453

Praxis 57 (1968) 401

Sem. jud. 89 (1967) 180

Sem. jud. 79 (1957) 373 = SJZ 79 (1957) 373*

Sem. jud. 78 (1956) 368* = BGE 81 II 346

Praxis 44 (1955) 584

Sem. jud. 72 (1950) 485 = SJZ 47 (1951) 296*

Sem. jud. 72 (1950) 491

Sem. jud. 72 (1950) 533 (in der amtlichen Sammlung nur teilweise publizierter Bundesgerichtsentscheid (76 II 43) vom 21. März 1950)

- Sem. jud. 63 (1941) 570* = BGE 67 II 139
 Praxis 30 (1941) 244
 (vorinstanzlicher Entscheid in RB Solothurn (1940)
 126)
- Sem. jud. 58 (1936) 424 = SJZ 33 (1936/37) 121*
- Sem. jud. 40 (1918) 377 = SJZ 15 (1918/19) 87*
- Sem. jud. 35 (1913) 354 = SJZ 10 (1913/14) 30*
- Sem. jud. 34 (1912) 327 = SJZ 8 (1911/12) 370*
 (vgl. BGE 38 II 151 = Praxis 1 (1912) 335)

SJZ

- SJZ 68 (1972) 76 = ZR 70 (1971) 327
- SJZ 65 (1961) 357
- SJZ 55 (1959) 89
- SJZ 54 (1958) 125* = Sem. jud. 79 (1957) 373
- SJZ 47 (1951) 296* = Sem. jud. 72 (1950) 485
- SJZ 44 (1948) 144* = Entsch. AppGer BS 9 (1946 – 1952) 193
- SJZ 44 (1948) 210* = Entsch. AppGer BS 9 (1946 – 1952) 194
- SJZ 36 (1939/40) 338* = Entsch. AppGer BS 7 (1936 – 1940) 59
- SJZ 33 (1936/37) 121* = Sem. jud. 58 (1936) 424
- SJZ 24 (1927/28) 168*
- SJZ 22 (1925/26) 264*
- SJZ 20 (1923/24) 337* = ZBJV 61 (1925) 74
- SJZ 16 (1919/20) 142* = ZBJV 55 (1919) 350
- SJZ 15 (1918/19) 87* = Sem. jud. 40 (1918) 377
- SJZ 14 (1917/18) 195
- SJZ 13 (1916/17) 179* = ZR 15 (1916) 78
- SJZ 13 (1916/17) 179* = ZR 15 (1916) 9
- SJZ 10 (1913/14) 30* = Sem. jud. 35 (1913) 354
- SJZ 8 (1911/12) 370* = Sem. jud. 34 (1912) 327
 (vgl. BGE 38 II 151 = Praxis 1 (1912) 335)
- SJZ 7 (1910/11) 224* = BGE 36 II 183
 ZBJV 46 (1910) 365*
 (vorinstanzlicher Entscheid in ZBJV 46 (1910) 489)
- SJZ 6 (1909/10) 142*
- SJZ 3 (1906/07) 24*

VJS

VJS 13 (1913) 120

VJS 4 (1904) 126

ZBJV

ZBJV 85 (1949) 463

ZBJV 84 (1948) 90

ZBJV 82 (1946) 525

ZBJV 61 (1925) 74 = SJZ 20 (1923/24) 337*

ZBJV 55 (1919) 350 = SJZ 16 (1919/20) 142*

ZBJV 46 (1910) 364* = BGE 36 II 183

SJZ 7 (1910/11) 224*

(vorinstanzlicher Entscheid in ZBJV 46 (1910) 489)

ZBJV 46 (1910) 489 (vgl. BGE 36 II 183 = SJZ 7 (1910/11) 224* =

ZBJV 46 (1910) 364*)

ZBJV 43 (1907) 215

ZBJV 40 (1904) 710

ZR

ZR 70 (1971) 327 = SJZ 68 (1972) 76

ZR 58 (1959) 19

ZR 53 (1954) 10

ZR 52 (1953) 114

ZR 38 (1939) 363

ZR 37 (1938) 353

ZR 26 (1927) 66

ZR 25 (1926) 161

ZR 25 (1926) 360

ZR 21 (1922) 12

ZR 18 (1919) 105

ZR 16 (1917) 308

ZR 15 (1916) 9 = SJZ 13 (1916/17) 179*

ZR 15 (1916) 78 = SJZ 13 (1916/17) 179*

ZR 14 (1915) 73

ZR 8 (1909) 183

ZR 1 (1902) 5

Lebenslauf

Am 8. Mai 1951 wurde ich, Andreas Hieronymus Höchli, als erstes von fünf Kindern des Josef Hieronymus Höchli von Klingnau und der Anne Marie, geborene Zen Ruffinen, in Zürich geboren. Ich wuchs in Baden auf und besuchte dort die Gemeinde- und Bezirksschule. Im Jahre 1966 trat ich in die 3. Klasse des Gymnasiums Einsiedeln ein, das ich 1972 mit der Matura Typus A verliess. Im Herbst 1972 immatrikulierte ich mich an der juristischen Fakultät der Universität Zürich und schloss mein Studium im November 1976 mit dem Lizentiat ab. Nach praktischer Tätigkeit bei einer Treuhandgesellschaft und beim Bezirksgericht Bremgarten bestand ich im Herbst 1979 das aargauische Fürsprecherexamen. Im Januar 1980 habe ich meine jetzige Stelle als ausserordentlicher Gerichtsschreiber am Aargauischen Obergericht angetreten. Seit 1975 bin ich mit Esther Theus, von Domat/Ems, verheiratet. Wir sind Eltern von zwei Kindern.

